

공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

– 군사재판절차의 민주적 정당성과 합리화를 위한 사법개혁 –

Study on the Reforms for the Criminal Justice System based on
Fairness and Human Rights (V)

– Reforms to the Democratization and Rationalization of the Military Court Proceedings –

김유근 · 김정환 · 김대원 · 심승범

KICJ

공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한
형사사법의 선진화 방안 연구(V)
- 군사재판절차의 민주적 정당성과 합리화를 위한 사법개혁 -

집필자

- 김 유 근 한국형사법무정책연구원, 선임연구위원
김 정 환 연세대학교 법학전문대학원, 교수
김 대 원 성균관대학교 과학수사과, 교수
심 승 범 국가기록원, 해외기록 조사위원, 법학박사

연구지원

- 김 지 윤 한국형사법무정책연구원, 조사연구원

과거 군 내 각종 훈련 중 사망사고, 가혹행위, 의문사, 성폭력 그리고 사건처리와 관련하여 흔히 않게 제기되는 군수사의 왜곡·조작·축소·은폐 등에 대한 의혹 등은 군 형사사법절차의 공정성, 인권친화성, 민주적 정당성 그리고 합리성에 대하여 근본적인 의문을 제기하도록 했으며 이러한 의문에 대한 응답으로서 단행된 것이 바로 2021년 군 형사사법개혁입니다. 이를 통하여 「군사법원법」에 대하여 대대적인 개정작업이 이루어졌고 이에 따라 관련 법령들에 대한 정비작업도 함께 진행되었습니다. 그러나 다른 한편으로 과연 2021년 군 형사사법개혁이 공정하고 인권친화적인 군 형사사법절차를 구축하는데 충분한 것인지 그리고 여전히 해소하지 못한 문제들이 남겨져 있는 것은 아닌가에 대한 의문이 제기되는 것도 사실입니다. 이러한 의미에서 본 보고서는 2021년 군 형사사법개혁을 계기로 평소 군사법원의 존치나 민간인에 대한 군사재판의 정당성을 비롯하여 군판사, 군검사 그리고 군사법경찰의 독립성과 공정성 및 객관성을 확보하기 위한 담보장치의 문제 등의 근본문제들 뿐만 아니라 2021년 개정 「군사법원법」의 구조적인 문제점들을 국제인권규범이나 주요 외국 입법례들에 비추어 검토하고 그 개선방안을 제시하려고 노력했습니다.

본 보고서의 출판에 즈음하여 보고서의 집필을 기꺼이 맡아주신 외부 공동연구자인 김정환 교수님, 김대원 교수님 그리고 심승범 박사님에게 감사드립니다.

그리고 본 보고서를 위하여 자료수집을 비롯하여 행정적인 지원을 해주시고 출판과 관련하여 교정뿐만 아니라 내용을 꼼꼼하게 검토하여 집필진들이 미처 발견하지 못한 오류 등을 수정해 주신 김지운 조사연구원에게 감사드립니다.

마지막으로 이 자리를 빌어 본 보고서의 출판을 위하여 도와주신 모든 분들에게 다시 한번 감사드립니다.



목 차

국문요약 1

제1장 김유근

서 론 11

제2장 심승범

군 수사 및 군사재판에서의 인권침해사례의 분석 29

제1절 군 수사절차에서의 인권침해 사례 31

1. 사례분석 32

가. 군사법경찰의 과도한 개인정보 질의

(2020. 10. 13.자 결정 20진정0229700) 32

1) 사실관계 32

2) 당사자의 주장 및 참고인 진술 32

3) 인정사실 및 판단 33

나. 군 수사과정에서 의료조치 미흡 및 폭행 의견표명

(2017. 9. 28. 결정 17진정6228) 34

1) 사실관계 34

2) 당사자 주장 및 참고인 진술 35

3) 인정사실 및 판단 35

다. 군부대 가혹행위 등 직권조사

(2018. 6. 7. 결정16직권25·15진정2938·16진정3885·
16진정9023·16진정9220(병합)) 36

1) 사실관계 36

2) 인정사실 37

3) 판단 및 제도적 개선 권고 37

viii 공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

라. 성소수자 색출 및 수사(2018. 4. 13. 결정 17진정3357 외 243건(병합))	38
1) 사실관계	39
2) 당사자의 주장 및 피해자 진술	39
3) 인정사실 및 판단	40
2. 소결	41
제2절 군 공판절차에서의 인권침해 사례	43
1. 사례분석	43
가. 피고인에 대한 공소사실 유출로 인한 사생활 침해 (2021. 11. 25. 결정 21진정0429800)	43
1) 사실관계	43
2) 당사자의 주장 및 참고인 진술	44
3) 인정사실 및 판단	44
나. 법정 내에서 부당한 포승줄 및 수갑 착용(2016. 7. 20. 결정 16진정2056)	45
1) 사실관계	45
2) 당사자 주장 및 참고인 진술	46
3) 인정사실 및 판단	46
다. 직권남용에 의한 인권침해 (2005. 2. 28. 결정 04진인3966)	47
1) 사실관계	47
2) 당사자의 주장	48
3) 인정사실 및 판단	48
2. 소결	49
제3절 기타 절차상 인권침해 사례	50
1. 사례분석	50
가. 2016년 군 영창 방문조사에 따른 권고 (2017. 1. 24. 결정 16방문3)	50
1) 사실관계	50
2) 인정사실 및 판단	51
나. 2021년 군 교정시설 방문조사에 따른 권고 (2021. 12. 28. 결정 21방문0000500)	52
1) 사실관계	52
2) 인정사실 및 판단	52

다. 2020년 군 구급시설 방문조사에 따른 권고 (2020. 10. 13. 결정 20방문0000100)	53
1) 사실관계	53
2) 인정사실 및 판단	54
2. 소결	55

제3장 김유근

군 형사사법개혁을 위한 개정논의 57

제1절 2021년까지의 개정논의	59
1. 군사법원법 개정논의	59
가. 군 형사사법제도의 개혁논의	59
나. 국방개혁 2.0	61
다. 입법적 시도	64
2. 군 형사사법절차의 일반 형사사법절차로의 접근	68
제2절 2021년 개정 「군사법원법」의 주요 내용	85
1. 주요 내용	85
2. 2021년 「군사법원법」 개정 이후의 개정논의	94
제3절 소결	96

제4장 김유근

군사재판제도에 관한 국제인권규범과 주요 외국 입법례 ... 99

제1절 국제인권규범 및 원칙	101
제2절 주요 외국 입법례에서의 군사재판의 일반 형사소송절차로의 접근 ·	109
제3절 군사법원의 폐지	120
1. 대만	120
2. 프랑스	122
3. 독일	123
4. 네덜란드	124

제4절	순수군사법원모델에서의 군사재판절차의 일반재판절차로의 접근	126
1.	영국	126
2.	미국	129
3.	스위스	132
제5절	소결	134

제5장 김유근

2021년 개정 「군사법원법」의 문제점과 개선방안 137

제1절	평시 군사법원의 유지의 문제	139
1.	군사법원의 존치론과 폐지론의 참여한 대립	140
2.	군사법원의 필요성을 둘러싼 논쟁	142
3.	군사법원체계에 내재하는 구조적인 문제점과 민주적 정당성	150
제2절	민간인에 대한 군사재판	157
1.	연혁	157
2.	대상범죄	160
3.	문제점 및 개선방안	163
가.	평시 군사법원의 민간인에 대한 재판권	163
나.	비상사태 하에서의 민간인에 대한 군사재판	168
제3절	비상계엄 하에서의 단심제 군사재판의 문제점	175
1.	연혁	176
2.	문제점 및 개선방안	180
제4절	군사법원이 재판권을 가지는 대상범죄와 법원이 재판권을 가지는 대상범죄의 문제점	188
제5절	법원이 재판권을 가지는 범죄에서의 수사의 단서에 대한 조사(내사)권한과 수사개시권의 문제	193
제6절	군판사, 군검사 그리고 군사법경찰관의 독립성 및 중립성	202
1.	군판사의 독립성의 문제	202
2.	군검사의 독립성	205
가.	군검사의 독립성	205
나.	국방부장관의 기소결정권과 검사의 기소권의 독립	209

3. 전관예우의 문제 212
 4. 군사법경찰의 독립성 212
 제7절 관할관제도 및 심판관제도의 전시 보통군사법원에서의 존치 ... 216
 1. 전시 관할관제도 216
 2. 전시 심판관제도 222
 제8절 소결 228

제6장 김대원

군 수사에서의 문제점과 개선방안 235

제1절 군 수사기관의 종류 237
 1. 군검사 238
 가. 군검사의 임명 238
 나. 군검사의 지위 238
 다. 군검사의 직무 239
 라. 군검찰단 239
 2. 군사법경찰관리 240
 가. 군사경찰과 소속 군사법경찰관 240
 나. 군사안보지원부대 소속 군사법경찰관 241
 다. 국가정보원 소속 군사법경찰관 241
 라. 군검찰수사관 241
 3. 양자의 관계 242
 가. 일반 형사소송법상의 관계 242
 나. 「군사법원법」상 양자의 관계 242
 제2절 군 수사기관의 자격 및 전문성, 독립성, 중립성 244
 1. 군검사 244
 가. 자격·전문성 244
 나. 독립성·중립성 244
 2. 군사법경찰 245
 가. 자격·전문성 245
 1) 군사법경찰관 245
 2) 군검찰수사관 246
 나. 독립성·중립성 246

제3절 수사절차에서 피의자의 권리 및 피해자의 보호방안	248
1. 피의자의 권리 보호방안	248
2. 피해자 보호방안	249
제4절 주요 외국의 입법례	251
1. 미국의 군 수사절차 (김대원)	251
가. 수사체계	251
나. 지휘관의 재량적 처분권	251
2. 독일의 군 수사절차 (김정환)	252
가. 원칙	252
나. 해외파병 군인의 예외	253
3. 프랑스의 군 수사절차 (심승범)	255
가. 평시의 수사절차	255
1) 수사의 전개	255
2) 수사의 지휘	256
나. 전시의 수사절차	258
4. 스위스의 군 수사절차 (심승범)	260
가. 군 수사절차의 개시	260
1) 수사의 주체	260
가) 복무 중(en service)에 발생한 사건에 대해	261
나) 복무 이외(en dehors du service)의 시간에 발생한 사건에 대해	263
2) 수사의 종류	264
가) 증거보충수사 (L'enquête en complément de preuve) ...	264
나) 일반수사 (L'enquête ordinaire)	266
나. 군 수사지휘 및 공소제기	267
5. 소결 (김대원)	268
제5절 소결	272

제7장 김정환

군사재판절차의 문제점과 개선방안 273

 제1절 재판의 독립성 확보 275

 1. 관할관과 심판관의 폐지 275

 가. 관할관 275

 나. 심판관 276

 다. 소결 277

 2. 군판사의 독립성 278

 가. 군사법원 재판관의 변천 278

 나. 군판사의 신분상 독립성 279

 다. 소결 281

 제2절 군사재판 공판절차의 개선 283

 1. 국선번호인 제도 283

 가. 군사재판에서 국선번호인 규정 283

 나. 군사재판에서 국선번호인 현황 284

 다. 군사재판에서 국선번호인 제도의 평가 285

 2. 피고인에 대한 조건부 구속(석방)의 도입 286

 가. 조건부 구속(석방) 286

 나. 군사재판에서 피고인에 대한 조건부 구속의 도입 288

 3. 군검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건 289

 가. 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 289

 1) 연혁 289

 2) 현행 증거능력 인정요건 291

 나. 군검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건 292

 1) 군검찰제도 개정의 한계 292

 2) 군검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력 인정요건으로서
 피고인의 내용인정 293

 4. 전문심리위원 294

 가. 의의 294

 나. 「형사소송법」상 전문심리위원 295

 다. 군사재판에 전문심리위원제도의 도입 296

5. 장병참여재판	299
가. 2006년 「장병등의 군사재판 참여에 관한 법률안」	299
나. 장병참여재판의 활용성에 대한 의문	301
제3절 주요 외국의 입법례	303
1. 미국의 군사재판 (김대원)	303
2. 독일의 군사재판 (김정환)	304
가. 독일 군사법원의 역사	304
나. 현행 독일 연방군	306
다. 현행 독일의 「군형법」	307
라. 현행 독일의 군사법원	307
1) 원칙	307
2) 해외파병 군인의 재판권에 대한 예외	308
3) 방위사태에 대한 예외	310
마. 징계와 군무법원	311
3. 프랑스의 군사재판 (심승범)	312
가. 평시의 재판절차	313
나. 전시 및 비상사태시의 재판절차	315
1) 군사법원의 설치	315
2) 공판 및 평의의 전개	317
다. 소결	318
4. 스위스의 군사재판 (심승범)	319
가. 군 재판절차의 성격	320
1) 군사법원의 독립성	320
2) 재판절차의 기본원칙	321
나. 군 재판절차의 전개	322
1) 공판절차 개시 전	322
2) 공판절차 개시 후	324
다. 소결	325
5. 입법례 검토 (김정환)	326
가. 입법례 정리	326
나. 군사재판의 방향성	329
제4절 소결	331

제8장 김유근·김정환

결론 및 정책대안 337

참고문헌 351

관련문헌 379

Abstract 387



표 차례

[표 1] 2021년 「군사법원법」 개정 전까지의 주요 법률안	64
[표 2] 「군사법원법」 폐지 및 관련 법률안 개관	67
[표 3] 「형사소송법」과 「군사법원법」의 주요 개정에 따른 피의자·피고인·피해자 등의 권리보장의 비교	69
[표 4] 2021년 평시 군 사법절차의 신·구 대조(전시 군 사법절차 제외)	86
[표 5] 형사사법 관련 법령 대조표	93
[표 6] 2021년 「군사법원법」 개정 이후의 개정논의	94
[표 7] 주요 외국 입법례에서의 군 형사사법절차의 일반 형사사법절차로의 접근	109
[표 8] 주요 외국 입법례에서의 심급에 따른 평시 군사법원의 재판권의 비교	115
[표 9] 배타적 재판관할권의 구별에 따른 군사법원체계의 모델(평시)	117
[표 10] 상설군사법원의 존치론과 폐지론의 비교	140
[표 11] 「군형법」과 「형법」의 비교	146
[표 12] 2019년부터 2021년까지의 군인범죄의 처리현황	148
[표 13] 민간인에 대한 군사재판의 재판권	160

2000년대 들어 훈련 중 사망사고, 가혹행위, 의문사, 성폭력 그리고 왜곡·조작·축소·은폐 등 군인권침해사건들이 사회적 이슈가 되어서야 비로소 2021년에 군 사법개혁이 가능하게 된 것이 사실이다.

우리나라의 2021년 「군사법원법」 개정은 1988년 「군사법원법」이 전면개정된 이래 가장 괄목할 만한 군사사법체계의 개혁을 단행한 것이라고 평가될 수 있다. 동 개정법률의 기본방향은 무엇보다도 (1)군사재판체계의 구조적인 변화와 (2)시민통제 그리고 (3)군 형사소송절차에서의 피해자보호로 요약할 수 있다. 그러나 그렇다고 하여 전혀 문제가 없는 것은 아니며 그것은 군사법원에 내재하는 구조적인 문제점으로부터 개별적인 문제에 이른다.

국제인권규범이나 주요 외국의 입법례를 살펴볼 때 ① 이른바 지휘관 사법(司法)의 후퇴, ② 외부적인 시민감시(control by civilian), ③ 민간인에 대한 군사재판의 배제 그리고 ④ 문민화(civilization)는 명확히 인식가능한 세계적인 추세이다.

국제인권규범과 유엔 결의안 그리고 군사재판에 관한 기본원칙안들에 있어서 공통적인 것은 이들이 재판의 독립성·중립성·투명성·공정성이 보장되지 않은 평시 군사재판은 폐지되어야 한다는 점, 군사법원을 설치한다고 하더라도 그 대상은 순수 군사범죄에 한정되어야 한다는 점, 그리고 소송관련자들에게는 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제14조가 정한 공정한 재판을 받을 권리가 완전하게 보장되어야 한다는 점, 이 권리는 인권침해의 우려가 더 큰 국가비상사태나 전시에 더더욱 보장되어야 한다는 점, 민간인에 대한 군사재판은 원칙적으로 평시이든 전시이든 허용되지 않으나 예외적으로 국가비상사태인 경우에는 극히 예외적인 경우에 한하여, 즉 한 국가의 사법기능이 완전히 정지된 경우에 한하여 허용될 수 있다는 점, 군사재판의 독립성·중립성·투명성·공정성은 인적 구성에서의 독립성과 적법절차의 확립을 통하여 보장될 수 있다는 점 등을 제시하고 있다는 점이다.

그런데 주요 외국 입법례들을 살펴보면 역사적인 이유로 혹은 우리나라나 대만과

2 공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

같이 인권침해사건으로 인하여 군사법원을 폐지한 경우도 있으나 최근의 경향에는 국제인권규범의 이행과 관련하여 상기의 요건을 충족할 수 없어서 군사법원을 폐지하는 경우들도 나타나고 있다.

제1장 군 수사 및 군사재판에서의 인권침해 사례의 분석

군 형사절차에서 인권침해 사례를 살펴보면, 다수의 경우가 수사절차에 발생하고 있고 수사절차에서 발생하는 인권침해는 수사절차 전반에서 확인이 된다. ① 군 수사기관의 피의자신문 시 범죄사실과 관련 없는 질문을 하여 과도하게 개인정보를 수집한 사례, ② 수사절차상 적절한 의로 조치를 하지 않은 사례, ③ 군 수사기관이 가혹행위 및 성범죄 피해자의 보호자에게 해당 사실을 신속히 통지하지 않아 추가 피해가 발생한 사례, ④ 과도한 수사로 인해 피의자의 사생활의 비밀과 자유가 침해된 사례 등이 확인된다. 비록 2021년 「군사법원법」 개정으로 많은 부분이 개선되었음에도 불구하고 2023년 한국 사회에서 크게 이슈화된 2023.7.19. 해병대 제1사단 일병 사망 사건 그리고 해당 사건을 조사하면서 발생한 항명사건은 여전히 군 수사절차에서의 문제점은 완전히 해소되지 못했음을 보여준다.

군사재판의 공판절차에서 발생하는 인권침해의 사례는 많지 않지만, ① 송달 주소의 변경이 처리되지 않은 사례, ② 공판정에서 피고인이 포승줄 및 수갑을 찬 상태로 관련 서류를 작성하고 선서한 사례, ③ 변호인 접견에 대해 요청했음에도 불구하고 군사법원 담당자의 업무착오 등으로 인해 국선변호인 선임과 관련된 사실을 전달받지 못한 사례 등이 확인된다.

군 형사절차에서 인권침해 사례는 수사 및 공판절차에서뿐만 아니라, 구금시설 내의 수용절차에서도 확인된다. ① 미결수용자 접견 시 녹음 및 녹화에 대한 구체적인 지침과 사전 고지 없이 진행한 사례, ② 미결수용자 서명등록부를 입소 순서에 따라 차례로 작성하도록 하여 먼저 작성한 미결수용자의 개인정보가 노출되는 사례, ③ 구금시설 내 징계 입장을 포함하여 모든 수용자에게 절차상 거실현황표를 작성하도록 한 사례 등이 확인된다.

이와 같은 인권침해의 사례들뿐만 아니라 군 사법제도 자체에 대한 비판이 2005년 이후 본격적으로 다루어지면서 군 사법제도의 공정성과 독립성을 강화하는 방향에서

군 사법제도의 개혁이 논의되었다. 특히 2021년 성추행을 당한 공군 여성 부사관이 그 사실을 군 내부에 여러 차례 신고하였으나 모두 무시되고 2차 가해까지 당해 자살을 한 사건을 계기로, 그동안 논의되었던 군 사법제도의 개혁안을 기초로 하여 2021. 9. 24. 「군사법원법」이 전면 개정되어 2022. 7. 1. 시행되었다. 2021년 「군사법원법」 개정에서는 군사법원의 독립성을 저해하였던 관할관 및 심판관제도를 폐지하였고, 성폭력 범죄, 사망사건 관련 범죄 및 군인 등의 신분 취득 전에 저지른 범죄를 군사법원의 재판권에서 제외하였고, 국방부장관 및 각 군 참모총장 소속으로 검찰단을 설치하고, 군검사의 구속영장 청구에 있어서 부대장의 승인제도를 폐지하는 등 군사법원 및 군검찰의 독립성과 군사재판 및 군 수사의 공정성을 보장하는 방향으로 「군사법원법」이 개정되었다.

제2장 2021년 개정 「군사법원법」의 문제점과 개선방안

2021년 군 형사사법개혁에도 불구하고 군 형사사법체계의 독립성·중립성·투명성 그리고 공정성을 확보하는 데에는 한계가 있었다고 판단된다.

2021년 개정 「군사법원법」이 평시 상설군사법원을 유지한 것은 아쉬운 점이라고 말할 수 있다.

현행 평시 상설군사법원은 재판의 독립성·중립성·투명성 그리고 공정성을 담보하지 못하는 한 폐지하는 것이 타당하며 군사법원의 필요성, 예컨대 군기강의 유지, 군지휘권의 확보, 전력보존, 신속한 재판 등은 공정한 재판이 전제되었을 때 비로소 의미를 가질 수 있으며 그러한 한에서 민주적 정당성을 획득할 수 있다.

또한 군의 특수성, 군사문화, 군의 전문지식 등의 반영은 형사소송법상 전문심리위원제도를 활용하는 방안을 모색할 필요가 있다.

가. 민간인에 대한 군사재판

민간인에 대한 군사재판은 원칙적으로 허용되지 않으며, 국가비상사태라고 하더라도 극히 예외적인 경우에 한하여 국가의 사법기능이 완전히 정지된 상태에서만 허용하도록 하여야 한다.

사법기능이 정지되지 않은 평시에 민간인에 대한 군사재판은 군사법원의 구조적인

4 공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

문제점, 즉 공정성·독립성 등을 담보하기 어렵다는 점에서 원칙적으로 금지할 필요가 있다.

따라서 「헌법」 제27조 제2항이 “군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다”고 규정한 것 중 “중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우”를 삭제하여 평소 군사재판의 근거로 활용되는 것을 방지할 필요가 있다.

비상계엄 하에서의 민간인에 대한 군사재판은 사법기능이 완전히 정지되지 않는 한 허용해서는 안 된다. 과거 비상계엄의 남용으로 인한 고통을 보더라도 비상계엄이 나 국가비상사태는 기본적 인권에 매우 취약한 상황일 수밖에 없으며 이러한 상황일 수록 기본적 인권의 본질적 내용인 공정한 재판을 받을 권리에 대한 보장이 더욱 요구되기 때문이다.

그러한 의미에서 「헌법」 제110조 제4항이 “비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있는 것 중 “비상계엄하의 군사재판은”을 “전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 시 적과 교전 상태에 있거나 사회질서가 극도로 교란되어 행정 및 사법(司法) 기능의 수행이 정지된 경우의 군사재판은”으로 개헌할 필요가 있다.

나. 비상계엄 하에서의 단심제 군사재판의 문제점

비상계엄 하에서의 단심제 군사재판은 공정한 재판을 받을 권리의 내용 중 상급법원에 상소할 권리를 침해하는 것으로서 국제인권규범에 위반될 뿐만 아니라 단심 군사재판을 채택하고 있는 입법례는 찾아볼 수 없다는 점에서 「헌법」 제110조 제4항 단서는 삭제하는 것이 타당하다. 그리고 동 단서는 이미 위헌결정을 받은 것을 헌법에 다시 규정한 것인 이상 삭제하는 것이 타당하다.

다. 군사법원이 재판권을 가지는 대상범죄와 법원이 재판권을 가지는 대상범죄의 문제점 군사법원의 존치의 필요성이 군기강 유지나 군지휘권 확립에 있다면 군사법원이 재판권을 가지는 범죄도 이 필요성을 충족시킬 수 있는 순수 군사범죄로 제한할 필요가 있다.

① 고소·고발 등 수사단서를 제공한 때에 해당 고소·고발인 등에게 압력을 가할 목적으로 협박·강요하거나 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의9에 열거된 범죄를 저지르거나 혹은 직권남용이나 직무유기 등을 통하여 불이익처분을 하는 것을 원천적으로 방지하고 고소·고발자 등을 출판물 등에 의한 명예훼손, 모욕, 권리행사방해죄 등의 고발로부터 보호할 필요가 있다.

② 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」에 규정된 전쟁범죄와 인도에 반하는 죄의 경우 공정성과 독립성이 관건이 되기 때문에 법원이 재판권을 가지는 범죄로 정할 필요가 있다.

이와 관련하여 「군형법」 각칙 제13장에 정한 약탈의 죄와 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법」 제2조에 정한 헌정질서 파괴범죄의 경우에도 독립적이고 공정한 재판을 위하여 법원이 재판권을 가지도록 하여야 한다.

④ 「군사법원법」 제2조 제2항 각호에는 「군형법」 “제15장 강간과 추행의 죄”가 제외되어 있는데 만약 형법 및 특별법상 성폭력범죄가 아닌 군형법상 간강죄 등으로 기소한 경우 일반법원의 재판권이 적용되는지 아니면 군사법원의 재판권이 적용되는지가 명확하지 않으며 「군형법」 “제15장 강간과 추행의 죄”도 법원이 재판권을 가지는 범죄목록에 포함시켜야 한다.

⑤ 그 밖에 세계주의가 적용되는 범죄인 인신매매나 중범죄인 아동학대범죄 등도 법원이 재판권을 가지는 범죄목록에 포함시킬 필요가 있다.

라. 법원이 재판권을 가지는 범죄에서의 수사의 단서에 대한 조사(내사)권한과 수사개시권의 문제

법원이 재판권을 가지는 범죄의 경우 군수사기관이 수사의 단서를 얻는 즉시 사건을 민간 수사기관에 이첩하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 이러한 의미에서 2023년 09월 26일 김종민의원 등이 발의한 “군사법원법 일부개정법률안”이 그 원인이 범죄인

6 공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

지의 여부와 상관없이 사망사건인 경우와 해당 사건이 법원에 기소된 경우에는 일반 법원이 재판권을 행사하도록 한 것(개정안 제2조 제4항 제1호)은 매우 긍정적인 것이기는 하지만 변사체의 검사를 군검사나 군사법경찰관에게 계속 담당하도록 하는 것은 적절하지 않다고 판단된다.

마. 군판사, 군검사 그리고 군사법경찰관의 독립성 및 중립성

군판사의 임명은 군판사인사위원회의 심의를 거치도록 하고 있으나 구속력이 없다는 점, ② 군판사의 임명 및 연임 동의에 관한 사항에 대한 심의 및 의결권을 가지는 군사법원운영위원회(제4조의2 제1항)는 국방부와 각 군 참모총장 그리고 군사법원장에 의하여 구성된다는 점, ③ 군사법원운영위원회의 운영위원의 제척·기피와 관련하여 운영위원이 해당 사건에 관하여 당사자의 직접적인 지휘계통에 있는 자라고 하더라도 제척·기피사유에 해당되지 않아 군판사의 임명과 연임에 지휘계통이 영향을 미칠 수 있다는 점, ④ 군판사의 신분보장과 관련하여 임기제와 정년제를 도입하기는 했지만 「헌법」 제106조 제1항과 같이 “법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직·감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한 [것]”이 아니라는 점, ⑤ 군판사는 지휘계통에 있는 상급자의 근무평정에 종속될 수밖에 없다는 점, 그리고 ⑥ 동 규정은 전역에 관한 것이며 직위해제의 경우와 관련해서는 명문규정을 두고 있지 않다는 점 등으로 군판사의 독립성·중립성 그리고 공정성을 기대하기는 어렵다.

따라서 장기적으로는 본다면 군판사의 독립성·중립성 그리고 공정성을 담보하기 위해서는 군판사를 민간 법조인으로부터 임명하는 방안이 타당하다고 판단되며 단기적으로는 무엇보다도 군판사가 소송당사자의 직접적인 지휘계통에 있는 때에도 제척·기피사유가 되도록 명확히 할 필요가 있으며 지휘계통에 있는 상급자의 근무평정에 의하여 군판사의 지위가 종속되지 않도록 신분보장을 일반 법관의 것에 준하여 정할 필요가 있다.

2021년 「군사법원법」 개정의 문제점과 주요 외국 입법례를 살펴볼 때 군검찰을 국방부의 외청으로 독립시키는 한편 구체적인 사건과 관련해서는 국방부장관은 각 군 참모총장이든 혹은 국방부검찰단장이든 누구도 지휘·감독하지 못하도록 할 필요

가 있으며 이것은 각 군 참모총장의 경우에도 마찬가지이다. 즉 구체적인 사건에 대한 군검찰단 외부의 지휘감독권은 그것이 설령 해당 사건을 담당하는 군검사에 대한 직접적인 것이 아니라고 하더라도 해당 군검사가 소속한 군검찰단장에 대한 것이라면 이미 군검찰단 외부로부터의 군검사에 대한 영향력으로 작용할 수밖에 없다. 구체적인 사건이 얼마나 독립적이고 중립적으로 그리고 투명하게 수사되고 해당 수사결과에 따라 군검사의 공소권이 행사되었는지의 여부는 군 형사사법에 대한 국민의 신뢰를 가늠하는 척도가 될 것이다. 그리고 군검사의 이의제기의 처리절차를 (여전히 문제가 많은) 일반 검사의 것에 준하여 마련할 것이 아니라 보다 합리적인 처리절차로 구상할 필요가 있다.

구체적인 사건에 대하여 기소여부를 국방부장관이 직접 결정할 수 있도록 한 것 자체가 이미 군검사에 대한 직접적인 지휘·감독권을 행사할 것을 정한 것일 뿐만 아니라 국방부장관은 어떤 사건이 군사법원에 기소하여야 하는 사건인지의 여부를 결정하기 위하여 군검사로 하여금 구체적인 사건마다 지휘계통을 통하여 보고하도록 할 필요가 있게 된다는 점에서 국방부장관의 기소결정권은 군검사의 기소권의 독립을 침해할 위험이 있기 때문에 삭제하는 것이 타당하다.

국방부장관의 기소결정은 일방적인 것이어서 법원이 재판권을 가지는 범죄에 대한 검찰의 독점적 기소권에 대한 중대한 침해가 될 수 있다. 보다 심각한 문제는 자칫 군사재판이 정치화될 위험이 있다는 점이며 이러한 점에서 국방부장관의 기소결정권은 삭제하는 것이 타당하다.

군사재판에서의 전관예우를 방지하기 위하여 군판사 및 군검사의 행동·윤리강령을 변호사윤리강령에 준하여 정비할 필요가 있으며 특히 군판사와 관련해서는 「법관 등의 사무분담 및 사건배당에 관한 예규」 제10조3(제척사유 등으로 인한 배당의 특례)에 준하는 이해충돌방지대책이 마련될 필요가 있다.

군사법경찰관에게는 일반사법경찰관에게 인정되는 이의제기권이 없다. 구체적인 사건에서 군사법경찰관은 소속 부대의 장의 지휘계통에 종속되어 있어서 군사법경찰관의 수사에서의 독립성 및 공정성이 침해될 수 있다. 따라서 군사법경찰관을 지휘계통으로부터 독립시키기 위하여 국방부의 외청으로서 군사법경찰단을 설치하여 군사법경찰관의 수사의 독립성과 중립성을 보장할 필요가 있다.

8 공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

바. 전시 보통군사법원에서의 관할관제도 및 심판관제도의 존치의 문제점

군검찰사무를 총괄하고 지휘·감독권을 행사하는 전시 관할관이 군사법원의 행정사무 뿐만 아니라 군판사 및 심판관을 임명·지정하고 형의 감경권으로 재판에 관여하는 한편 형의 집행에도 관여하도록 하는 것은 권력분립의 원칙에 반할 뿐만 아니라 재판의 독립성과 공정성을 훼손할 우려가 있기 때문에 관할관제도는 폐지할 필요가 있다. 심판관의 임명과 재판관으로의 지정에서부터 이미 지휘계통에 종속될 수밖에 없어서 재판의 독립성과 중립성을 담보하는데 구조적인 한계가 있기 때문에 전시 심판관제도는 폐지하는 것이 타당하다.

제3장 군 수사에서의 문제점과 개선방안

군사재판의 공정성과 독립성을 강화하는 방향에서 2021년 개정된 「군사법원법」에 따른 군사재판의 수사절차와 공판절차가 인권 보장의 기능을 담당하는 사법권의 본질에 부합하는지를 생각해 보고, 그러한 방향에서 보완하고 개선해야 할 점은 없는지를 검토해 볼 때, 먼저 제도상으로는 군 수사절차상 민간 영역과 대등한 피의자 또는 피해자 보호제도가 운영되고 있다고 할 수 있다. 다만 어떠한 제도가 효과를 나타내기 위해서는 형식적인 제도의 구비만으로 충분한 것이 아니라 실질적으로 어떻게 운영되는가라는 문제가 더 중요하다.

군사재판절차에 대하여 많은 개선이 이루어진 현 상황에서도 군검사나 군사경찰에 대한 독립성 보장에 대해서 여전히 문제를 제기하는 견해들이 많이 있다. 군 수사절차에서 가장 중요한 부분은 지휘관의 실질적 개입으로부터 어떻게 수사를 독립적으로 운영하는지이다. 이를 위해서는 현재의 군 수사체계에 경찰청 국가수사본부와 같은 체계를 도입하는 방안이 합리적이라고 판단된다.

수사절차에 있어서 피해자와 유가족을 위한 국선변호사 제도도 형식적으로는 일반 형사절차보다 광범위하게 운영되어 피해자와 유가족의 인권을 보장하고 있지만 이 제도의 실질화를 위해서는 피해자와 유가족을 위한 국선변호사에서 군법무관을 제외하는 것이 군에 대한 신뢰를 더 높이는 방안이라고 할 수 있다.

제4장 군사재판절차의 문제점과 개선방안

군사법원의 성격을 사법기능을 담당하는 특별법원으로 보는 시각에서, 현행 군사재판의 공판절차에서 다음과 같은 내용의 개선을 고려해 볼 수 있다.

첫째, 군사재판을 담당하는 군판사의 독립성 보장을 보완하는 것이 필요하다. 국방부 소속의 군사법원이 별도로 존재하는 현실에서, 군사재판을 담당하는 군판사에 대한 국방부장관 등의 영향력이 최소화되어야 하는 것이 현실적으로 우선 필요하다. 비록 군인 신분인 군판사의 독립성을 확보하기 위한 제도적 보장 수단을 「군사법원법」에 규정하고 있지만, 이에 대한 보완이 필요하다. ① 군판사의 업무의 독립성보다는 군인의 계급이라는 신분상 직급을 우선시하여 군판사의 임기와 정년이 일반법원 판사의 임기와 정년보다 짧게 규정되어 있는데, 이는 군사재판의 독립성을 충분히 보장한다고 할 수 없다. 군판사의 신분보장을 강화하기 위해서는 군판사의 정년을 군인의 계급에 따라 규정할 것이 아니라 일반법원 판사의 정년과 대등하게 규정하는 것이 바람직할 것이다. ② 군사법원운영위원회의 구성에 있어서 국방부장관의 영향력이 과도한 점을 개선해야 한다. 군판사의 임명·연임에 대한 동의 등을 담당하는 군사법원운영위원회의 위원 모두가 국방부장관의 영향을 받는 인사로 구성된 점은 군판사 독립성의 보장과는 배치된다.

둘째, 군사재판의 공판단계에서 국선변호인제도는 제도상으로는 피고인의 인권친화적 형사절차를 구현하고 있다고 평가할 수 있다. 다만 일반 형사재판의 국선변호인 선임률보다 군사재판의 국선변호인 선임률이 낮은 현실은, 군사재판에서 국선변호인 제도의 실효적 운용이 요구되는 상황임을 보여준다. 군사재판의 피고인이 국선변호인을 적극적으로 활용할 수 있도록 군사재판에서 국선변호인으로 활동하는 민간인 변호사의 수 및 경험이 풍부한 변호사의 수를 확대하는 등의 노력이 필요한 상황이다.

셋째, 군사재판에서 피의자와 피고인에 대한 조건부 구속의 도입을 고려할 수 있다. 무죄추정의 원칙을 구현하고 개인의 자유를 보장하기 위한 조건부 구속의 도입은 수사단계에서 피의자의 방어권을 위해서 필요할 뿐만 아니라 공판단계에서 피고인의 방어권을 위해서도 필요하고, 제도의 도입 취지를 생각하면 조건부 구속의 도입을 수사단계에 제한하고 공판단계에서 하지 않을 이유는 없다. 일반 형사사건의 공판단계에서 조건부 구속의 도입이 필요하다면, 군사재판의 공판에서의 도입의 필요성도

제기된다.

넷째, 2021년 「군사법원법」의 전면적 개정을 통해 소송절차 전반에 걸쳐 「형사소송법」에 존재하는 제도들이 대부분 수용된 상황이지만, 군검사의 피의자신문조서와 군사경찰관의 피의자신문조서의 증거능력 인정 요건을 차별적으로 규정하였던 것은 그대로 유지되고 있는 것과 관련해서 군검사 작성의 피의자신문조서도 피고인이나 변호인이 내용을 인정할 때 증거능력을 인정하도록 개정함이 바람직하다.

다섯째, 군사재판의 공판단계에는 전문심리위원제도가 존재하지 않는데, 감정인의 진술과 달리 그의 진술이 독립된 증거방법으로 사용되지 않는 전문심리위원의 전문적 설명이나 의견으로 재판에 도움을 받아 충실한 심리와 신속한 분쟁 해결을 도모함이 필요하다. 군 사법제도의 독립성을 보장하는 방향으로 2021년 「군사법원법」이 전면 개정되면서 관할관·심판관 등의 제도가 폐지되었는데, 그렇다고 군의 특수성과 전문성이 부정되는 것은 아니므로 전문심리위원제도를 도입하여 군사재판에서 활용하는 방안이 합리적이라고 판단된다.

여섯째, 일반형사사건에 있어서 국민참여재판의 도입 취지와 마찬가지로 군사재판의 독립성 및 공정성 확보와 사법제도에 대한 국민의 신뢰를 확보하기 위해서는 장병참여재판의 도입을 생각해 보기도 하지만, 장병참여재판은 군사재판의 현실을 고려하면 도입하기는 어렵다. 장병참여재판으로 진행될 수 있는 군사재판 사건의 수가 극히 적을 것이라는 현실적인 상황을 고려할 때 군사재판 제도의 큰 변화를 가져오게 되는 장병참여재판의 도입은 어렵다고 판단된다.

제 1 장

공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

서 론

김 유 근

서론

2000년대 들어 훈련 중 사망사고,¹⁾ 가혹행위,²⁾³⁾ 의문사,⁴⁾ 성폭력⁵⁾⁶⁾ 그리고 군수사

- 1) 예컨대 『경향신문』, 2018년 8월 2일 보도 “특전사 포로체험 사망 사고, 숨방망이 처벌 논란”(https://m.khan.co.kr/national/national-general/article/201808020824001#c2b; 최종접속일: 2023년 6월 29일). 유사한 사례로는 독일의 이른바 “Fall Coesfeld”(BGH, 14.01.2009. - 1 StR 554/08); *Frankfurter Allgemeine Zeitung(Faz)* vom 28.10.2009. “Neuer Prozess im „Fall Coesfeld””(https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bundeswehr-neuer-prozess-im-fall-coesfeld-1873136.html; 최종접속일: 2023년 6월 29일). 이 사건에 대한 상세한 소개로는 이계수·박병욱, “군사법원 폐지를 위한 사례연구”, 『민주법학』, 통권 60호(2016.3.), 민주주의법학연구회, 237면 이하.
- 2) 예컨대 MBC 2006년 4월 27일 보도, “경기도 한 공군 방공포부대, 전기고문 연상시키는 가혹행위”(https://imnews.imbc.com/replay/2006/nwdesk/article/1988099_29291.html; 최종접속일: 2023년 6월 29일); 『머니투데이』 2016년 9월 27일 보도 “‘전기고문’까지…군대내 폭력, 여전한 이유”(https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2016092614140596889&vgb=column&code=column6&MO; 최종접속일: 2023년 6월 29일); KBS 2023년 5월 15일 보도 “‘끝없는 욕설에 가혹행위’…또 발생한 군대 내 괴롭힘”(https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=7675990; 최종접속일: 2023년 6월 29일).
- 3) 국가인권위원회 2006년 3월 7일 보도자료, “군대내 상습구타 및 가혹행위 근절되어야 인권위, 가해자 형사고발 및 재발방지대책 수립 권고”(https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?&boardtypeid=24&menuid=001004002001&boardid=555050; 최종접속일: 2023년 6월 18일); 국가인권위원회 2018년 8월 7일 보도자료, “군대내 폭행·가혹행위 피해병사 보호대책 마련 권고 - 군 간부 지휘 책임, 수사 시 피해자 보호자에게 신속통지 등 미흡 지적 -”(https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001004002001&pagesize=10&boardtypeid=24&boardid=7603129; 최종접속일: 2023년 6월 18일). 국가인권위원회의 실태 조사로는 예컨대 김형태·이계수·남상덕, 『군대 내 인권실태 및 개선방안을 위한 기초연구』, 국가인권위원회, 2002.12.20.(https://www.humanrights.go.kr/base/board/read?boardManagementNo=17&boardNo=483120&menuLevel=3&menuNo=115; 최종접속일: 2023년 6월 18일); 한홍구·김성전·김정식·박원석·이재승·임태훈, 『군대 내 인권상황 실태조사 및 개선방안 연구』, 국가인권위원회, 2005.12.(https://www.humanrights.go.kr/base/board/read?boardManagementNo=17&boardNo=483250&searchCategory=&page=1&searchType=total&searchWord=%EA%B5%B0%EB%8C%80%20EB%82%B4%20EC%9D%B8%EA%B6%8C%EC%83%81%ED%99%A9%20EC%8B%A4%ED%83%9C%EC%A1%B0%EC%82%AC%20EB%B0%8F%20EA%B0%9C%EC%84%A0%EB%B0%A9&menuLevel=3&menuNo=115; 최종접속일: 2023년 6월 18일) 참조.
- 4) 대통령소속 군사망사고진상규명위원회에서 발간한 제1차부터 제9차에 걸친 조사활동보고서 참조. 해당 보고서는 대통령소속 군사망사고진상규명위원회 홈페이지 “일반자료실”에서 열람할 수

14 공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

의 왜곡·조작·축소·은폐⁷⁾ 등 군인권침해사건들이 사회적 이슈가 되어야 비로소 2021년에 군 사법개혁이 가능해 졌던 것이 사실이다. 그러나 군대 내에서의 범죄는 2000년대에 들어서야 비로소 그 심각성이 증가했다거나 혹은 급증했던 것은 아니라는 것은 그 동안 수많은 언론보도와 민간단체(예컨대 군인권센터⁸⁾)의 사회고발 그리고

있다(<http://www.truth2018.kr/truth/79/subview.do;jsessionid=6-DlWVnd5LH++hcFLfn4j4N.node10?enc=Zm5jdDF8QE8JTJGYmJzJTGdHJ1dGglMkY0JTJGYXJ0Y2xMaXN0LmRvJTNGYmJzQ2xTZXEIM0QIMjZyZ3NFbmrkZVN0ciUzRCUyNmJic09wZW5XcmRTZXEIM0QIMjZyZ3NCZ25kZVN0ciUzRCUyNnNyY2hDb2x1bW4lM0QIMjZpc1ZpZXdnaw5lJTNEZmFsc2UIMjZwYwldJTNEMSUyNnNyY2hXcmQIM0QIMjY%3D>; 최종접속일: 2023년 7월 9일).

- 5) 예컨대 『중앙일보』 2008년 12월 18일 보도 “해군 여 부사관 ‘동료 부사관 상습 성폭행 비판’ 자살시도”(https://www.joongang.co.kr/article/3424902#home; 최종접속일: 2023년 3월 31일); 『서울신문』 2021년 8월 12일 보도 “이번엔 해군 여중사, “상사에 성추행” 신고 뒤 극단 선택”(https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20210812500213; 최종접속일: 2023년 6월 18일); 『세계일보』 2022년 3월 29일 보도 “해군 산하기관 군인들, 성추행 피해 군무원 괴롭히고 역고소”(http://www.segye.com/newsView/20220329516376?OutUrl=naver; 최종접속일: 2023년 3월 31일); SBS 2022년 3월 27일 방송 “[스브스夜] ‘그일’ 공군 이예람 중사 사망사건 ‘모두가 나를 죽였다’... ‘모두는 누구인가?’”(https://ent.sbs.co.kr/news/article.do?article_id=E10010247481&plink=COPYPASTE&cooper=SBSENTERNEWS; 최종접속일: 2023년 3월 31일); 『조선일보』 2021년 6월 2일 보도 “성추행 당한 여중사, 軍의 회유 시달리다 극단 선택”(https://www.chosun.com/politics/diplomacy-defense/2021/06/02/U4NOVOI5FZGYVLOC3DK6364W54/?utm_source=naver&utm_medium=referral&utm_campaign=naver-news; 최종접속일: 2023년 6월 29일); 『경향신문』 2021년 11월 15일 보도 “성추행 피해’ 공군 부사관 사망, 더 있었다”(https://m.khan.co.kr/politics/defense-diplomacy/article/202111152045015#c2b; 최종접속일: 2023년 6월 29일); 『오마이뉴스』 2019년 9월 12일 보도 “[해군 상관의 부하 여군 성폭력 ⑥] 피해자 개인정보 넘겨서, 2차피해 발생시키는 군사법원: ‘피해자 정보’ 건네준 고등군사법원, 이를 유출한 가해자들”(https://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002569307&SRS_CD=0000012085; 최종접속일: 2023년 6월 29일); 『경향신문』 2023년 5월 18일 보도 “성소수자 부하 성폭행’ 해군 대령, 대법서 징역 8년 확정”(https://m.khan.co.kr/national/court-law/article/202305181634011#c2b; 최종접속일: 2023년 6월 29일); 『한겨레』 2015년 1월 27일 보도 “부하 여군 성폭행 혐의’ 육군 여단장 긴급체포”(https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/675457.html; 최종접속일: 2023년 6월 29일); 『여성신문』 2020년 11월 28일 보도 “해군 성폭력 사건’ 징역 10년서 무죄로... 피고인들 복직신청, 대법원 2년째 침묵”(https://www.womennews.co.kr/news/articleView.html?idxno=204381; 최종접속일: 2023년 3월 31일).
- 6) 국가인권위원회 2014년 8월 4일 보도자료, “군대 내 성추행, 가혹행위 사망사건 등에 대한 국가인권위원장 성명”(https://www.humanrights.go.kr/base/board/read?boardManagementNo=24&boardNo=609634&menuLevel=3&menuNo=91; 최종접속일: 2023년 6월 18일).
- 7) 예컨대 『경향신문』 2014년 8월 11일 보도 “훈련 온 예비군 말만 듣고 ‘김지훈 일병 자살 원인’ 결론 내”(https://m.khan.co.kr/politics/defense-diplomacy/article/201408110600015#c2b; 최종접속일: 2023년 6월 18일); 『서울신문』 2023년 4월 7일 보도 “가래침 먹이고 성고문까지... 윤일병 사망사건 [사건파일]”(https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20230407500187; 최종접속일: 2023년 6월 18일); 『한겨레』 2021년 8월 14일 보도 “작전하듯 사건 은폐 시도... 반복되는 ‘군 성폭력 비극’”(https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1007682.html; 최종접속일: 2023년 6월 18일).
- 8) 홈페이지: <https://mhrk.org/>(최종접속일: 2023년 5월 21일).

국가인권위원회⁹⁾와 대통령소속 군사망사고진상규명위원회¹¹⁾의 조사 등에서 이미 표면화되어 왔다는 사실에서도 알 수 있으며, 그렇다면 이 2021년에 단행된 군 사법개혁이란 과연 지금이라도 군 사법개혁을 이루게 되어 다행이라는 위안으로만 만족하여야 하는가라는 의문도 제기된다.

물론 2021년 군 형사사법개혁 이전에 군 형사사법절차에서의 피의자·피고인·피해자의 인권강화를 위한 노력이 없었던 것은 아니며, 군 형사사법절차를 일반 형사사법절차에 접근시키려는 많은 입법정책적 노력이 있었던 것이 사실이다.¹²⁾

그러나 여기에서 제기되는 또 다른 문제는 군 인권침해사건은 어디까지나 군 인권상황의 개선을 통하여 해결할 문제이며 군대 내에서의 범죄도 범죄인 이상 범죄예방만의 문제에 그치는가 아니면 군 사법절차 자체에 대한 불신으로 인한 구조적인 문제로서 궁극적으로 군사법체계 전반에 대한 개혁이 필요한 것인가라는 문제이다.¹³⁾¹⁴⁾ 즉 군대 내에서의 범죄에 대한 대응방식의 문제점, 즉 이것은 군 형사사법절차의 불공정성이 관련자들(범죄피해자 뿐만 아니라 피의자·피고인 그리고 유죄판결을 선고받은 사람 등)에게 범죄로 인한 직접적인 고통을 넘어 보다 심각한 2차 피해와 이로 인한 인권침해를 초래했던 것은 아닌가라는 근본적인 문제제기와 관련된다. 그리고 이러한 군조직의 폐쇄성에 근거한 군의 조직적 무지 혹은 적극적 은폐와 그에 따른 부작위가 이른바 군사문화와 군 사법절차의 특수성으로 포장되어 이들 인권침해에 대하여 조직적인 무책임으로 일관해 왔던 것은 아닌가¹⁵⁾ 그리고 이를 가능하도록

9) 예컨대 국가인권위원회, 『군 수사와 사법제도, 무엇이 문제이고 어떻게 바꿀 것인가 - 인권위, 실태조사 최종보고회 및 전문가 토론회 개최 -』, 2016(<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?boardtypeid=24&menuid=001004002001&boardid=611487>; 최종접속일: 2023년 3월 31일). 그 밖에 본 보고서 “관련문헌”에 열거된 국가인권위원회 보고서 참조.

10) 국가인권위원회는 2017년부터 『군인권결정례』를 발간하기 시작하여 2022년까지 3집이 발간되었다.

11) 홈페이지: <https://www.truth2018.kr/sites/truth/index.do>(최종접속일: 2023년 5월 21일).

12) 이에 관한 상세한 것은 본 보고서 “제3장 2. 나” 참조.

13) 이에 대한 상세한 분석과 비판으로는 이계수·박병욱, 앞의 논문, 227면 이하.

14) 실제로 대만은 2013년 군대 내 인권침해사건을 계기로 평시 군사법원을 폐지하였고 영국은 일련의 유럽인권재판소의 제소에 따라 2006년 군 사법개혁을 단행한 바 있다(그러나 평시 군사법원을 폐지한 것은 아니다). 이에 관한 것은 후술하도록 한다(제4장 제3절 1.).

15) 이 문제로 인하여 예컨대 2015년 9월 16일 「국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령」 제4조의5에 “성군기 위반사건의 처리기준” 제7항 지휘·업무계선 상 상급자의 묵인·방조·은폐·비호에 대한 징계기준이 신설되기도 하였다.

해 왔던 구(舊) 군 사법체계를 방기해 온 국가에게 궁극적인 책임이 있는 것은 아닌가라는 의문은 그렇다고 해서 전혀 합리적인 근거가 없는 문제제기라고 보기도 어렵다. 물론 군대조직의 특수성, 즉 치밀한 상하위계질서에서의 고도의 상하복종관계와 조직의 폐쇄성 및 은밀성은 군 전투력 보존과 효율적 운영을 위한 군기강 유지 및 군지휘권 확립에 필수적이라는 점 그리고 이에 상응하여 군기강 위반에 대한 징계와 군인범죄에 대한 형량의 수위에서 그리고 징계절차와 형사사법절차에서 특수성을 가지게 된다는 점은 부인할 수 없을 것이다.

그러나 여기에서 관건이 되는 것은 이러한 군대조직의 특수성 자체에 대한 문제제기라기 보다는 오히려 이러한 군대조직의 특수성이 군대조직의 운영을 넘어 군 형사사법절차까지 규정함으로써 군대 내 적법한 문제제기 시스템에 대한 접근가능성을 차단하고 군 형사사법을 군대조직에 종속시키고 편파적인 것으로 만들어 급기야(군 형사사법도 형사사법인 이상) 형사사법이 지향하여야 하는 이념인 공정성¹⁶⁾과 사법정의 그리고 법 앞의 평등¹⁷⁾을 왜곡할 뿐만 아니라 군인 등의 기본적 인권¹⁸⁾을 침해하게 되는 것은 아닌가, 군 형사절차의 폐쇄성과 은밀성으로 인하여 공개재판을 받을 권리¹⁹⁾²⁰⁾를 침해할 뿐만 아니라 무엇보다도 군 형사판례에 대한 외부로부터의 심사(revi

16) 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR)」(이하 “ICCPR”이라 한다) 제14조 제1항 “everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law”.

17) ICCPR Arti. 14 1. “All persons shall be equal before the courts and tribunals”, Art. 26 “All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law”.

18) 군인의 기본적 인권에 관한 상세한 것은 OSCE(Organization for Security and Co-operation in Europe) Office for Democratic Institutions and Human Rights/DCAF(the Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces) Geneva Centre for Security Sector Governance, Human Rights of Armed Forces Personnel: Compendium Of Standards, Good Practices And Recommendations, 2021, pp 1(ODIHR)/(https://www.osce.org/files/f/documents/6/5/480143_1.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 9일). 그 밖에 European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, 31 August 2022, pp 11(https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf; 최종접속일: 2023년 5월 22일). 군형법과 관련하여 양심적 병역거부와 관련해서는 유엔 인권고등판무관 사무소(Office of the High Commissioner for Human Rights, OHCHR) 인권위원회(Commission on Human Rights)의 2004년(E/CN.4/2004/55) 및 2006년(E/CN.4/2006/51)의 보고서 그리고 인권이사회(Human Rights Council)의 2007년(A/HRC/4/67), 2008년(A/HRC/9/24), 2013년(A/HRC/23/22), 2017년(A/HRC/35/4), 2019년(A/HRC/41/23)의 보고서 참조.

19) ICCPR Arti. 14 1. “everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law”.

ews)를 차단함으로써 궁극적으로는 군 형사사법에 대한 국민의 신뢰²¹⁾를 훼손시키는 결과를 초래하게 되는 것은 아닌가라는 문제제기이다.

따라서 군 형사사법을 둘러싼 논의에서 관건이 되는 것은 군대 내 내재적 통제장치에 제대로 작동할 수 있는 방안을 어떻게 합리적으로 구축할 것인가라는 문제에 귀결되는데 만약 이러한 내재적 통제장치에 대한 접근가능성과 공정성이 담보되지 못하는 한 이제는 이른바 지휘관 사법(司法)²²⁾의 후퇴, 군대에 대한 시민감시(*civilian control over military*)²³⁾, 민간인에 대한 군사재판의 배제, 그리고 이른바 문민화(*civilianization*)²⁴⁾로 이행하여야 하는가라는 문

20) 「헌법」 제27조 제3항 및 제109조. 물론 공개재판을 받을 권리는 헌법 제109조 단서에 따라 “심리는 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는 법원의 결정으로 공개하지 아니할 수 있다”. 또한 「형사소송법」상 피해자보호를 위하여 피해자 진술을 비공개로 할 수 있다(「형사소송법」 제294조의3(피해자 진술의 비공개)). 그 밖에 성폭력범죄의 경우 피해자보호를 위하여 심리 자체를 비공개로 진행할 수 있으며(「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제31조(심리의 비공개)) 「소년법」상 당사자의 건전한 성장을 위하여 「소년법」 제2항. 그리고 ICCPR Art. 14 1. “…… The press and the public may be excluded from all or part of a trial for reasons of morals, public order (ordre public) or national security in a democratic society, or when the interest of the private lives of the parties so requires, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice; but any judgement rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public except where the interest of juvenile persons otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children”. 그 밖에도 「형사소송법」 제59조의3 제1항 제2호 및 「군사법원법」 제93조의3 제1항 제2호에 따라 피고인이 소년인 경우 확정 판결서 등의 열람·복사를 제한하고 있다.

21) 미국에서의 군 형사사법 개혁과 관련하여 *Morales, Eleanor T./Brooker, John W.*, “Restoring Faith in Military Justice”, in: *Connecticut Law Review*, Volume 55 No 1(December 2022), pp. 79.

22) 이 용어는 최강욱, “지휘관 사법”의 폐해와 그 폐지론: 관할관, 심판관 제도를 중심으로, 『홍익법학』, 제9권 제3호(2008), 홍익대학교 법학연구소, 191-211면의 제목에서 차용한 것이다.

23) *Croissant, Aurel*, *Civilian Control over the Military in East Asia, 2011.9.*, pp. 1(https://www.eai.or.kr/data/bbs/eng_report/201111151042365.pdf). 최종접속일: 2023년 7월 9일.

24) 이에 관한 상세한 것은 예컨대 *Sherman, Edward F.*, “The Civilianization of Military Law”, in: *Maine Law Review*, Volume 22 No. 3(1970), pp. 3; *Groves, Matthew*, “The Civilianisation Of Australian Military Law”, in: *University of New South Wales Law Journal*, Volume 28 No 2(2005), pp. 364; *Vladeck, Stephen I.*, *The Civilianization Of Military Jurisdiction, Washington College of Law Research Paper No. 2012-42, 2012.10.*, pp. 1(https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2163268; 최종접속일: 2023년 6월 29일); *Bryant, Michael S.*, “American Military Justice from the Revolution to the UCMJ: The Hard Journey from Command Authority to Due Process”, in: *Creighton International and Comparative Law Journal*, volume 4 issue 1, 2013, pp. 1; *Schlueter, David A.*, “The Military Justice Conundrum: Justice or Discipline?”, in: *Military Law Review*, Volume 215, Spring 2013, pp. 1; *Strickey, Stephen S.*, “Anglo-American Military Justice Systems And the Wave of Civilianization: Will Disciplines Survive?”, in:

제가 제기된다.

이와 관련하여 세계적으로 군 형사사법으로부터 일반 형사사법으로 접근하고 있는 분명한 징후들을 확인할 수 있다. 그 계기는 각국마다 매우 다양한 양상을 나타내고 있는데 예컨대 구체적인 군 인권침해사건을 계기로 군사법원 자체를 폐지한 경우로는 대만,²⁵⁾ 아르헨티나,²⁶⁾ 우리나라(비록 평시 보통군사법원 및 고등군사법원에 제한되지만)를 들 수 있으며, 미국의 경우 군대 내 성폭력사건²⁷⁾을 계기로 군 형사사법절차에

Cambridge Journal of International and Comparative Law, Volume 2 No 4(2013) pp. 763; *McLaughlin, Rob*, "7 The impact of the 'civilianisation' of military administrative law on the 'command power'", in: *Duxbury, Alison/Groves, Matthew, Military Justice in the Modern Age*, 2016, pp. 130; *Lederer, Fredric I.*, "From Rome to the Military Justice Acts of 2016 and beyond: Continuing Civilianization of the Military Criminal Legal System", in: *Military Law Review*, Volume 225(2017), pp. 512; *Maurer, Dan*, "Is Demilitarizing Military Justice an Ethical Imperative for Congress, the Courts, and the Commander-in-Chief?", in: *Hofstra Law Review*, Volume 49 Iss. 1, Article 2(2020), pp. 1; *Goldberg, Max Jesse*, "Congressional Influence on Military Justice", in: *The Yale Law Journal*, Volume 130(2021), pp. 2110; *Hildebrand, Emma K.*, "Encroaching On Command Authority: How History Informs The 'Military Justice Improvement And Increasing Prevention Act'", in: *Journal of Legislation*, Volume 48 No 2, pp. 390; *Fidell, Eugene R.*, *Military Justice: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2016, pp. 22 "22 The arc of civilianization". 참고로 스페인어로 된 문헌으로는 *Andreu-Guzmán, Federico, Fuero militar y Derecho internacional Volumen II: Los civiles ante los tribunales militares*, Comisión Internacional de Juristas(International Commission of Jurists), 2018(<https://www.refworld.org/es/pdfid/5b6b39934.pdf>; 최종접속일: 2023년 7월 9일). 참조.

- 25) *Hung Chung-chiu* 사건. 台湾高等法院 2017.6.28. (105軍上重更(一)1); 最高法院 最刑判 2017.1.24. (107台上2)(松平徳仁, "風雲起こり,山河動く : 台湾における軍事裁判制度の文民化とその比較憲法的意義", 『法律時報』, 第92卷 第13号(2020.12.), 248頁 및 252頁에서 재인용).
- 26) 특히 *Rodolfo Correa Belisle v. Argentina*, Report No. 15/10, Petition 11.758, Argentina, March 16, 2010. 이에 관한 것은 *Cerna, Christina M.*, "16 - The inter-American system and military justice", in: *Duxbury, Alison/Groves, Matthew, Military Justice in the Modern Age*, Cambridge University Press, 2016, pp. 343; 山田裕之, "一般司法制度に近接する軍事司法制度 — 軍事司法制度の現代的意義と変革の展望軍事司法制度の現代的意義と変革の展望 —", 『国際安全保障』, 第49巻第1号 (2021.6.), 100頁以下.
- 27) *Brady, Heidi L.*, "Justice Is No Longer Blind: How The Effort To Eradicate Sexual Assault In The Military Unbalanced The Military Justice System", in: *University Of Illinois Law Review*, Volume 2016 No. 1.(2016), pp. 193; *Schenck, Lisa M.*, "Informing the Debate About Sexual Assault in the Military Services: Is the Department of Defense its Own Worst Enemy?", in: *Ohio State Journal Of Criminal Law*, Volume 11 No. 2(2014), pp. 579; *Schenck, Lisa M.*, "Sex Offenses Under Military Law: Will the Recent Changes in the Uniform Code of Military Justice (UCMJ) Re-traumatize Sexual Assault Survivors in the Courtroom?", in: *Ohio State Journal Of Criminal Law*, Volume 11 No. 2(2014), pp. 439. 참고로 영국의 경우는 *Baird, Dame Vera*, "BLOG: Without basic access to justice, the integrity of the military is at risk"(<https://victimscommissioner.org.uk/news/military-justice/>; 최종접속일: 2023년 6월 29일).

서의 지휘관(*Convening Authorities, CA*)의 권한이 현저하게 제한된 바 있다. 이에 대하여 독일은 제2차 세계대전의 역사적 경험으로 인하여 「기본법」 제96조 제2항에서 군사법원의 설치를 정하고 있음에도 불구하고 구체적인 이행법률을 제정하는데 주저하고 있어서 현재 군인범죄를 일반 법원에서 재판하고 있으며, 호주의 경우 2007년 새로운 군사법원을 설치하였으나 2009년에 최고재판소에 의하여 위헌결정을 받으면서 현재는 군인범죄가 일반법원에서 재판되고 있다. 또한 유럽인권규약이나 국제인권규약에 따른 강화된 인권의식에 따라 종전의 군 형사사법제도를 개혁한 사례로는 영국²⁸⁾을 들 수 있으며 호주의 경우 국제인권규범과 군사법원의 조화를 둘러싸고 많은 논의가 진행 중에 있다고 한다. 이에 대하여 스위스는 인권침해의 우려를 불식시키기 위한 입법정책적 노력을 기울이면서 전시뿐만 아니라 평시에도 상고심까지 군사법원체계를 유지하고 있는 보기 드문 입법레이기도 하다.²⁹⁾³⁰⁾

또한 군 형사사법체계의 유형을 살펴보면 순수 군사사법모델로부터 혼합형, 그 중에서도 일반법원과 군사법원의 재판관할이 범죄의 종류 및 중대성, 주체, 발생장소, 평시·전시의 여부에 따라 구별되는 형태나 군인의 군사법원 참여를 제한하고 법조교육을 받았거나 변호사자격을 가진 판사로 하여금 재판하도록 하거나 혹은 심지어는 순수 일반사법모델로 이행하는 경향을 보이고 있는 것이 사실이다³¹⁾(제4장 제2절 “표 9 배타적 재판관할권의 구별에 따른 군사법원제도의 모델”). 이것은 일반 형사사법 이념이 그대로 군 사법절차에 침전되도록 일반 형사소송법의 내용을 군형사소송법에 반영하는 것을 넘어서서 군 사법체계 자체에 대한 개혁이 추진되고 있음을 암시하는 것이기도 하다.

28) 특히 유럽인권재판소의 *Findlay v. United Kingdom* 24 EHRR 221 (1997).

29) 이상의 입법례에 관한 상세한 것은 본 보고서 “제4장 제2절 이하” 참조.

30) 그런데 대만의 경우에도 전시 군사법원의 경우 최고군사법원(*Supreme Military Court*)을 두고 있다. 다만 「군사심판법」 제8조 제3호

31) *Vashakmadze, Mindia, Guidebook Understanding Military Justice*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), 5 June 2011, p. 12 “Table 2: Different models of court organisation and jurisdiction”(https://www.dcaf.ch/index.php/guidebook-understanding-military-justice; 최종접속일: 2023년 6월 29일); *Cotelea, Daniela/Alcántara, Alberto Pineda/Tempera, Cristina/Brach, Medeleine/Foisseau, Cedric/Ira, Giuseppe A., The Role of Military Courts Across Europe: A Comparative Understanding of Military Justice Systems*, FINABEL European Army Interoperability Center, 2021.5., p. 11(https://finabel.org/wp-content/uploads/2021/06/20.-The-role-of-Military-Courts-across-Europ.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 9일); 山田裕之, 前掲論文, 95頁以下.

그런데 이들 주요 외국 입법례를 자세히 살펴보면(제4장 제2절 이하) 세 가지 경향을 찾아볼 수 있다. 즉 첫째 군 형사소송법을 일반 형사소송법에 접근시키는 경향이 강하게 나타나고 있다는 점, 둘째 군판사, 군검사 그리고 군경찰을 군대의 지휘계통으로부터 독립시킬 뿐만 아니라(군대조직으로부터의 독립성) 이들 상호간에도 분리함으로써 군판사, 군검사 그리고 군경찰의 무의식적인 동화현상 혹은 군 사법절차에서의 이른바 “법조카르텔”을 방지하여 형사소송절차의 각 단계의 독립성과 공정성을 담보하려고 노력하고 있다는 점, 셋째 (첫 번째 경향과 관련되는 것인데) 특수신분관계에 있는 국가와 군인의 관계를 국제인권규범 및 헌법상 기본적 인권의 관점에서 바라보고 군 형사사법체계의 개혁을 진행하고 있다는 점이다.

물론 우리나라의 2021년 「군사법원법」 개정³²⁾은 이러한 세계적인 추세에 상응하면서도 1988년 「군사법원법」이 전면개정된 이래 가장 괄목할 만한 군사사법체계의 개혁을 단행한 것이라고 평가될 수 있다. 동 개정법률의 기본방향은 무엇보다도 (1)평시 군사법원 구성의 독립성·중립성 강화와 군사재판의 공정성 그리고 (2)군사재판절차에서의 인권보호(특히 범죄피해자보호)의 강화로 요약할 수 있다. 특히 평시 군사법원 구성의 독립성·중립성 강화와 관련하여 군사재판에 군이 관여할 수 있는 여지를 없애기 위하여 평시 관할관 제도(확인조치권)를 폐지하는 한편 군판사의 신분보장을 명시하고 군판사인사위원회를 설치하도록 하였다. 또한 군검찰의 영장청구에 대한 지휘관의 승인권을 폐지하는 한편 검사에 대한 국방부장관의 구체적 지휘권을 폐지함으로써 군검찰의 독립성을 강화하였다. 그리고 무엇보다도 중요한 것은 평시 사실심의 항소법원을 민간 고등법원으로 정함으로써 종래의 평시 고등군사법원을 폐지한 것이라고 볼 수 있다. 이것은 상고심인 대법원은 법률심에 초점을 두고 있다는 점을 감안할 때 1심 사실심인 군사법원의 판단을 민간 법원이 사법통제하도록 함으로써 사실인정의 공정성과 정확성을 기하여 실체적 진실의 규명에 신중하도록 한 것이라고 볼 수 있다(군사재판의 폐쇄성으로 인한 이른바 “제식구감싸기”와 “밀실재판”의 의혹의 불식). 또한 군사재판에서의 인권강화와 관련해서는 종래 다수의 일반 형사소송법절차가 「군사법원법」에 도입되어 강제처분 등에서의 인권보호가 강화된 것이 사실이지만

32) 법률 제18465호, 2021.9.24. 일부개정, 2022.7.1. 시행. 동 개정은 종래 발의되었던 군사법원법 개정법률안을 수정한 대안이 원안 그대로 통과된 것이다(“군사법원법 일부개정법률안(대안)”의 안번호: 2112215), 2021년 8월 25일 발의, 2021년 8월 31일 원안가결.

이번 개정에서는 범죄피해자 국선번호인제도의 신설 등 다양한 인권보장장치가 도입되었다. 그 밖에 평시에 범한 성범죄와 군인 등 사망사건 그리고 군인 등 신분취득 전에 범한 범죄에 대한 재판권이 일반법원으로 이관된 것은 획기적인 개혁이라고 평가된다.

이처럼 이상의 일련의 개혁조치들은 한편으로 세계적인 추세인 군사법원의 문민화와 시민통제로 이행하는 과도적인 단계라고 본다면 매우 선도적이고 긍정적으로 평가될 수 있으나 그러나 다른 한편으로 최종 목표를 문민화로 설정한 개정작업이 아니었다면 2021년 「군사법원법」 개정은 국제인권규범의 요건들을 충족하기에는 충분하지 않다. 그래서 2021년 「군사법원법」 개정에도 불구하고 군 형사사법체계에 여전히 구조적인 문제점은 없는지 그리고 과연 군사사법 개혁입법이 사건관련자의 인권을 충분히 보장할 수 있는 장치들을 마련했는가를 신중하게 검토하여야 할 필요가 있다.

무엇보다도 삼권분립의 원칙과 관련하여 군사법원이 사법권이 아니라 국방부라는 행정부 산하에 조직되어 있는 한 군사법원 및 재판체계를 구축하거나 또는 정비함에 있어서 매우 신중한 접근이 필요하다. 특히 이것은 군사재판의 판결에 대한 상소권을 그대로 행정부 산하 군사법원에 맡길 것인가 아니면 사법부에 맡길 것인가, 군사법원의 상소허용여부를 관할관의 결정에 맡길 것인가, 그리고 특히 비상계엄 시의 군사재판을 행정부 산하 군사법원의 단심으로 종결시킬 것인가라는 문제와도 연관된다.

일반 형법범의 형사소추와 재판을 위한 규칙을 정한 것이 「형사소송법」이라면, 군전력보존·군기강 유지·군지휘권 확립·군조직·군사문화·군사기밀이라는 군의 특수성에 근거하여 제정된 「군형법」에 상응한 군사재판절차가 마련되어 있는가라는 문제가 제기된다(「군형법」의 관할범죄와의 관련성). 더욱이 그 동안 「군사법원법」과 관련법령의 다수의 개정을 통하여 「형사소송법」의 관련 규정들이 거의 법문언의 수정 없이 그대로 「군사법원법」에 반영되었는데³³⁾(제3장 제1절 2.) 그 타당성 여부 등에

33) 그런데 여기에서 언급할 것은 소년에 대한 군사재판의 문제이다. 「병역법」 제8조 제1항에 따라 18세부터 병역준비역으로 편입되고 19세가 되는 해에 병역판정검사가 이루어지는데 2007년 12월 21일 법률 제8722호에 의하여 「소년법」 제2조가 개정되기 전까지는 20세 미만인 사람이 「소년법」 적용대상이었다는 점을 고려할 때 자칫 소년이 군사재판을 받을 수도 있었는데 당시의 논의에서 소년의 군사재판에 대한 문제제기를 찾아보기 쉽지 않다. 그런데 이 문제가 해소된 것은 단순히 「소년법」이 적용대상 연령을 19세 미만으로 개정하면서(2007년 11월 22일 의

대한 검토가 필요할 것이다(제6장 및 제7장). 그런데 여기에서 만약 공정한 재판 및 인권보장을 위한 일반 「형사소송법」의 관련규정들이 「군사법원법」에 그대로 반영되었다면 일반 형사소송절차에 대한 군 형사소송절차의 특수성은 무엇인가 그리고 그러한 특수성이 없다면 일반 형사소송절차와 군 형사소송절차의 구별의 의미는 희석되는 것은 아닌가 그렇다면 군 형사소송절차의 의의는 어디에서 찾아야 하는가(평시 군사법원의 폐지론)라는 근본적인 문제가 제기된다.

또한 피해자 국선변호인제도를 도입한 것은 괄목할 만한 것이라고 평가할 만하지만 여기에서 근본적인 문제가 제기된다. 즉 피해자의 국선변호인의 비용지출까지 국방부가 관할하는 경우 국방부는 군사범죄의 수사에서부터 기소 및 공판 그리고 피해자의 지원에 이르기까지 모든 것을 독점하게 되는데 일반 형사소송절차에서는 수사에 대한 주관부처와 기소에 관한 주관부처가 구별될 뿐만 아니라 공판을 담당하는 사법부가 독립되어 있으며 국선변호인의 선정에 관해서도 사법부가 관할하고 있는 것³⁴⁾과 비교할 때 과연 형사소송절차의 각 단계별 중립성과 독립성을 얼마나 담보할 수 있는가라는 근본적인 문제가 제기된다. 더욱 문제가 되는 것은 군판사, 군법무관 출신 혹은 법무참모가 전역 후 변호사업무를 수행하는 경우에서의 전관예우의 문제³⁵⁾이며 이것은 군복무 기간 동안 일반 형사사법기관에서의 지휘·감독관계에 비교할 수 없을 정도의 엄격한 상명하복의 지휘명령관계에 있는 군의 경우에는 더욱 심각한 문제로 대두될 수 있다.

그리고 특정 군인 등의 범죄의 재판권을 일반 법원에 이관한 것과 관련하여 한편으로 과거 군사재판에 대한 공정성과 투명성 그리고 이른바 “제식구감싸기식” 수사·기소 및 재판실무로 인하여 피해자의 인권이 침해되는 사례가 빈발하였다는 것이 이 개혁입법의 궁극적인 이유라고 판단되지만,³⁶⁾ 「헌법」 제27조가 “군인 또는 군무원이

안번호: 177924)「소년법 일부개정법률안(대안)(법제사법위원회)」이며 개정이유에는 “청소년의 성숙 정도, 「청소년보호법」 등 다른 법률과의 통일성, 만 19세는 대학생인 점 등에 비추어 이 법의 적용 상한 연령을 낮출 필요”만을 서술하고 있을 뿐이어서 소년의 군사재판에 대한 문제의식도 함께 반영된 것인지의 여부는 명확하지 않다.

34) 김대근·김유근, 『법률구조 일원화를 위한 입법모델연구』, 법무부, 2021.11., 11면 이하.

35) 이 문제에 대한 지적으로는 최병호, “군사법원과 장병인권 보장”, 『국방정책연구』, 제21권 제4호(2006), 99면 이하; 이현정, “군 사법제도 개선방안 - 「군사법원법」 개정 법률을 중심으로 -”, 『법학연구』, 제29권 제4호(2021), 경상국립대학교 법학연구소, 156면.

36) 2021년 08월 25일 「군사법원법 일부개정법률안(대안)」(의안번호: 2112215).

아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다”고 정한 취지를 고려한다면 군사법원은 특별법원으로서(「헌법」 제110조) 일반법원의 재판과는 다른 특칙이 적용될 뿐만 아니라 보다 엄격하고 중한 처벌을 받을 수 있다는 점에서 일반시민이 군사재판을 받는 것을 「헌법」으로 금지하고 있는 것이다. 이렇게 본다면 「군사법원법」의 입법취지에 비추어 본다면 군사재판을 받지 않고 일반법원의 재판을 받도록 한다는 것은 피고인에게 이른바 중대한 “혜택”을 부여하는 것은 아닌가라는 의문도 제기된다. 즉 군인이 범한 중대범죄를 군사법원이 아닌 일반법원이 재판하도록 하는 것은 역설적으로도 2021년 개혁입법의 취지에 반하는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다. 이것은 비단 성범죄 등 특정 범죄에 한정된 문제가 아니다(사회적 이슈에만 정향된 대증요법식 미봉책은 아닌가라는 의문도 제기된다). 입법자는 자신이 단행한 군사법제도 개혁에도 불구하고 군사법원에 대한 불신으로 인하여 자신이 단행한 군사사법 개혁입법조차도 신뢰하지 못하는 모순적인 태도를 취하고 있는 것은 아닌가라는 의문은 그렇다고 하여 전혀 합리적인 근거가 없는 것은 아닐 것이다(즉 자신이 단행한 군사사법 개혁입법으로 군사재판의 공정성·중립성·투명성이 달성될 수 있다면 일반법원으로의 사건의 이관은 불필요할 것이다). 문제는 여기에서 그치는 것이 아니라 그렇다면 일반법원으로 이관되지 않은 범죄에 대한 군사재판의 공정성은 어떻게 신뢰할 수 있는가라는 모순에도 빠지게 된다는 것이다.

이러한 모순은 평시 군사법원에서의 심판관 및 관할관제도의 폐지에서도 찾아볼 수 있다. 즉 이들 제도들이 공정한 재판을 받을 권리와 재판의 독립성 및 중립성을 심각하게 침해한다면 평시에는 폐지하면서 왜 전시에는 폐지하지 않는 것인지 그렇다면 전시에는 공정한 재판을 받을 권리와 재판의 독립성 및 중립성은 재판의 효율성과 전시 군사법원의 특수성에 우선하여 보장되지 않아도 된다는 것인지 아니면 심판관 및 관할관제도는 여전히 합리적인 근거가 있다는 것인지라는 근본적인 문제가 남는다.³⁷⁾

37) 예컨대 스위스나 미국의 경우 여전히 법조교육을 이수하지 않았거나 변호사자격이 없는 군인이 군사법원에 참여하고 있을 뿐만 아니라 우리나라의 관할관의 확인조치권에 준하는 (많은 비판이 제기되고 있으나) 지휘관의 판결확인 및 형량감경권은 미국의 경우 제한적으로나마 유지되

또한 현재 「군사법원법」은 「형사소송법」·「법원조직법」·「검찰청법」과 이와 관련된 법률들이 혼합된 형태라고 볼 수 있는데 과연 이러한 형식으로 규정하는 것이 전체 법체계의 정합성이라는 관점에서 적절한 것인가라는 의문도 제기된다.

그리고 국민참여재판에 상응하는 군사재판에서의 군인배심원 재판의 도입가능성과 관련하여 「군사법원법」도 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」도 침묵하고 있다. 과거 헌법재판소³⁸⁾는 군사재판의 국민참여재판에 관하여 정하고 있지 않은 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」 제5조 제1항에 대하여 합헌결정을 내리면서 군의 특수성을 원용한 바가 있기는 하다. 그러나 이 결정은 군사법원의 국민참여재판에 관하여 정하고 있지 않은 것이 헌법에 반하는 것이 아니라는 취지의 결정일 뿐 이로부터 곧바로 군사법원에 국민참여재판을 도입하는 것이 헌법에 반한다는 논리가 도출되지는 않는다고 본다면 여전히 군사재판에서의 배심원재판의 도입은 법률유보의 원칙에 따라 가능할 것이다. 물론 현재도 군사법원으로부터 일반 법원으로 이관된 특정범죄의 경우 국민참여재판이 허용되기는 하지만 배심원재판의 고전적 이념들 중의 하나가 동일한 법·문화공동체의 구성원에 의한 재판에 있다고 한다면 일반 국민으로 구성된 배심원에 의하여 군인이 재판받는 것이 과연 적절한 것인가에 대한 근본적인 의문도 부인할 수 없다.

그 밖에도 민간인에 대한 군사법원의 재판권의 문제, 양형과 관련해서도 평시와 전시에 죄를 범한 경우에 양형기준이 동일하여야 하는가라는 문제 등도 제기된다.³⁹⁾ 물론 2021년 군 형사사법개혁은 이른바 군사법원의 문민화의 과도적인 단계로서 긍정적인 측면을 간과할 수 없다고도 말할 수 있으나 과연 그러한가에 대해서는 의문이 남는다. 그리고 2021년 군사법원법 개정으로 평시 군사법원에서 관찰관제도가 폐지되었다고는 하지만 군판사, 군검사 그리고 군사법경찰관의 지휘계통에의 종속성을 볼 때 여전히 실질적인 관찰관제도와 지휘관 사법이 군사법원체계를 지배하고 있는

고 있다. 이에 관한 것은 “제4장 제2절 및 제4절 2.” 참조.

38) 헌법재판소 2021.6.24. 2020헌바499 결정: “입법자는 헌법 제110조 제1항에 따라 법률로 군사법원을 설치함에 있어 군사재판의 특수성을 고려하여 그 조직·권한 및 재판관의 자격 등을 일반법원과 달리 정할 수 있으므로, 군의 특수성을 고려하여 군사법원법에 의한 군사재판을 국민참여재판 대상사건에서 제외한 것이 입법재량을 일탈한 것이라고 볼 수 없다”.

39) 예컨대 핀란드의 경우 평시와 전시에 양형기준을 달리한다. 핀란드 「형법」 제45장 제20조(전시의 군범죄).

것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

군사법원의 개혁만큼 혹은 그 보다 더 긴급하고 중요한 것은 무엇보다도 수사와 기소의 국방부로부터의 독립이며 바로 2021년 군 형사사법에서 결여된 결정적인 부분이기도 하다.

국방부가 군사법원, 수사 그리고 기소에 이르는 모든 군 형사사법을 독점함으로써 일반 형사사법에서의 권력분립은 찾아볼 수 없을 뿐만 아니라 심지어는 국선변호인의 선정·관리·운영까지도 독점하고 있는 상황 하에서 이러한 소송구조가 과연 전통적인 의미에서의 규문주의 소송구조인지 아니면 당사자주의 소송구조인지도 명확하지 않을 뿐만 아니라 이러한 구조가 형사사법정의를 실현하는데 얼마나 기여할 것인가에 대해서도 의문이다. 일반적으로 소송구조는 전통적으로 규문주의 소송구조와 당사자주의 소송구조로 분류하여 설명되는데 규문주의 소송구조에서는 당사자주의 소송구조에 비하여 실체적 진실의 발견을 위하여 법관이 핵심적인 역할을 주도하기는 하지만 그렇다고 하여 양 당사자로부터의 법관의 독립성과 중립성이 당사자주의 소송구조에 비하여 덜 요구되는 것은 아닐 뿐만 아니라 당사자주의 소송구조에서 요구되는 양 당사자 간의 공격과 방어를 통한 실체적 진실의 발견이 비단 당사자주의 소송구조만의 전유물은 아니며 규문주의 소송구조에서도 핵심적인 요소가 된다. 즉 양 소송구조는 형사사법이 궁극적으로 지향하는 실체적 진실의 규명과 이를 통한 사법정의를 실현을 지향하는 방식의 차이에 불과하고 이러한 이념들을 실현하기 위하여 공정성은 불가결한 전제조건이다. 이렇게 본다면 앞서 언급한 국방부의 군 형사사법의 독점은 과연 형사사법의 전제조건인 공정성을 담보할 수 있는 것인지 그리고 더 나아가 실체적 진실의 규명과 사법정의를 실현은 가능한 것인지라는 의문은 그렇다고 전혀 합리적인 근거가 없는 문제제기라고 볼 수 없을 것이다. 물론 이러한 형사사법의 독점이라고 하여 반드시 형사소송에서의 공정성을 해치는 것은 아니라고도 말할 수 있으나 그렇다면 현대 형사소송구조를 위하여 투쟁했던 역사적 노력을 부인하여야 하는 것인지 의문이다. 또한 여전히 여기에서도 군의 특수성을 주장한다면 형사소송절차에서의 공정성의 의미는 일반사회와 군의 경우에 달라지는지 그리고 공정성이 담보되지 않는 군 형사사법은 오히려 반대로 군인의 군기와 군조직 유지에 악영향을 미치는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다. 군의 특수성은 군범죄의 종류와 형량 그리고 전시에는

군사재판의 신속성과 효율성의 요구에서 찾을 수 있을 뿐 형사사법이 지향하는 사법 정의 그리고 이를 보장하기 위한 공정성 그리고 이를 담보하기 위한 시스템의 구축의 요구는 그것이 군 형사사법절차이든 일반 형사사법절차이든 차이가 없다. 즉 군기 및 군조직 유지를 위하여 민간인의 경우에는 범죄가 되지 않는 행위가 범죄로 정해질 수 있을 뿐만 아니라 범죄의 성립의 판단에 있어서도 군의 특수성이 반영될 수 있을지는 몰라도 그리고 전시에는 전쟁수행의 효율성 및 절차의 신속성으로 인하여 (이 점에서) 일반 형사소송절차와 달리 정해질 수 있을지 몰라도 형사사법의 이념 자체가 달라지는 것은 아니다. 따라서 형사소송절차의 공정성을 해치는 구조는 아무리 군조직의 특수성을 원용한다고 하더라도 허용되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

국제인권규범이나 주요 외국의 입법례를 살펴볼 때 ① 이른바 지휘관 사법(司法)의 후퇴, ② 외부적인 시민감시(control by civilian), ③ 민간인에 대한 군사재판의 배제 그리고 ④ 문민화(civilization)는 명확히 인식가능한 세계적인 추세이다.⁴⁰⁾ 그리고 장기적으로는 우리나라도 이 추세를 거스를 수 없는 것도 사실이다(제4장). 그러나 단순히 세계적인 추세이기 때문에 우리나라도 이 추세에 따라가야 한다는 필연성도 출되는 것은 아니며 본 보고서는 세계적인 추세의 이면에서 고민되어 온 문제들과 그러한 변화의 근거에 주목하고자 하며, 그것은 바로 우리나라의 현재의 군 형사사법 체계가 안고 있는 문제들이기도 하다.

이러한 문제의식에 근거한다면 군사법원의 필요성에 의존했던 근거들은 (후술하는 바와 같이) 평시 상설군사법원에 대해서만큼은 유지되기 어려우며, 특히 군사법원의 민주적 정당성과 (피의자·피고인의 입장에서든 피해자의 입장에서든) 기본적 인권인 공정한 재판을 받을 권리의 실질적 내용을 구성하는 재판의 독립성·중립성·투명성·공정성을 담보하기 어렵다는 이유에서 장기적인 관점에서 우리나라에서도 평시 상설 군사법원을 폐지하는 것이 타당하다.

이상의 배경과 문제의식을 바탕으로 그리고 군인은 국가에 대하여 특수신분관계에 있기는 하지만 이른바 “제복을 입은 시민”이며 시민인 이상 헌법상 기본적 인권은

40) 2013년 8월 7일 유엔 총회에 제출된 군사법원에 관한 특별보고서에서도 이러한 추세가 언급되고 있다. 2013년 8월 7일 유엔 특별보고서, *United Nations General Assembly, Independence of judges and lawyers, 7 August 2013(A/68/285)*, Paragraph 15, 88(<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/421/29/PDF/N1342129.pdf?OpenElement>; 최종접속일: 2023년 10월 15일); 山田裕之, 前掲論文, 102頁.

보장되어야 한다⁴¹⁾는 관점에서 본 보고서는 궁극적으로 공정하고 인권친화적인 군형사사법체계의 구축을 위한 개선방안을 제시함으로써 입법정책 기초자료를 제공하는 것을 목적으로 한다. 이를 위하여 우선 ① 첫째 군 수사 및 군사재판에서의 인권침해 사례를 분석하여 군형사사법의 각 단계별 문제점과 쟁점들을 정리하고(제2장), ② 둘째 이러한 군 인권침해를 방지하기 위하여 현재까지 어떤 개선노력이 있었는지를 개괄한 후(제3장), ③ 셋째 국제인권규범과 주요 해외 입법례가 인권친화적이고 공정한 군사재판을 구축하기 위하여 어떤 노력을 기울여 왔는지를 살펴보고자 한다(제4장). ④ 넷째 이러한 사전 연구를 바탕으로 2021년 개정 「군사법원법」의 내용을 개괄한 후 그 구조적인 문제점들에 대하여 분석하는 한편 개선방안을 모색하고자 한다(제5장). ⑤ 다섯째 다음으로는 이제 구체적으로 군 수사절차에서의 문제점과 그 개선방안(제6장) 그리고 ⑥ 여섯째 군사재판절차의 구체적인 문제점들을 진단하고 검토한 후(제7장) ⑦ 마지막으로 총괄적인 결론으로서 정책대안을 제시하고자 한다.

41) 이재승, “능동적 시민으로서의 군인 — 독일 군인법제를 중심으로 —”, 『민주법학』, 제49호(2012.7.), 민주주의법학연구회, 135면 이하; 최강욱, 앞의 논문, 197면.

제 2 장

공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

군 수사 및 군사재판에서의 인권침해사례의 분석

심 승 범

제2장

군 수사 및 군사재판에서의 인권침해사례의 분석

제1절 | 군 수사절차에서의 인권침해 사례

군 형사절차에서 다수의 인권침해 사례가 수사절차에서 발생하고 있다. 수사절차상 인권침해 사례는 수사절차 전반에서 확인된다. 이는 특히 2021년에 발생한 공군 부사관 성추행 사건에서 여실히 드러났다. 사건에서 공군 여 부사관은 상관 중사로부터 성추행을 당해 여러 차례 부대 및 공군본부에 신고하였음에도 적절한 보호 조치를 받지 못하였고, 오히려 2차 피해를 당해 결국 자살했다.⁴²⁾ 사건 조사과정 중 부대 자체에서 사건을 은폐하려던 사실⁴³⁾과 공군본부의 성범죄 관련 지침 및 절차를 위반한 사실이 드러났다.⁴⁴⁾ 또한 여 부사관은 공군에서 선임한 변호인으로부터 제대로 된 조력을 받지 못하였고,⁴⁵⁾ 나아가 군검찰이 정확한 조사를 하지 않았다는 점 역시 뒤늦게 밝혀졌다.⁴⁶⁾ 이와 같이 이슈화된 사건 이외에도 군 수사절차상 여러 인권침해

42) 『한국경제』 2021년 5월 31일 보도 “선임에 성추행 당한 공군 女 부사관…혼인신고 날 ‘극단 선택’”(https://www.hankyung.com/society/article/2021053190417; 최종접속일: 2023년 9월 15일).

43) MBC NEWS 2021년 6월 3일 보도 “[단독] ‘성폭력 최소 2번 더 있었다’…‘회유·압박’도 고소”(https://imnews.imbc.com/replay/2021/nwdesk/article/6231197_34936.html; 최종접속일: 2023년 9월 15일).

44) MBC NEWS 2021년 6월 3일 보도 “[단독] ‘죽음’ 38일 전 보고 받고도…뭇집 진 공군참모총장?”(https://n.news.naver.com/article/214/0001122939; 최종접속일: 2023년 9월 15일).

45) 『국민일보』 2021년 6월 7일 보도, “‘구속수사’ 요구에…故 이 중사 국선변호인 “어떻게 하라고?””(http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0015921640&code=61121211&cp=du; 최종접속일: 2023년 9월 15일).

46) 『한겨레』 2021년 6월 6일 보도 “이런 군검찰…성추행 가해자 폰 압수영장 받고도 9일간 뭇겠다”(https://n.news.naver.com/article/028/0002547384; 최종접속일: 2023년 9월 15일).

사례를 찾아볼 수 있다. 따라서 우선 어떤 권리가 침해되었는지를 사례 4개의 사실관계, 당사자 주장 및 인정사실에 대한 요점을 순차적으로 살펴본 후 종합적으로 정리해 보고자 한다.

1. 사례분석

가. 군사법경찰의 과도한 개인정보 질의(2020. 10. 13.자 결정 20진정 0229700)

국가인권위원회는 피진정기관(군사법경찰대)이 피의자신문 시 진정인의 범죄 정상과 관련이 적은 질문을 하여 과도한 개인정보를 수집한 것은 적법절차의 원칙, 개인정보자기결정권 및 사생활의 비밀의 침해에 해당하므로 해당 기관에 신속한 제도적 개선을 권고하였다. 본 사건의 사실관계 및 판단에 대한 요점은 다음과 같다.⁴⁷⁾

1) 사실관계

진정인은 해군에 복무 중인 군인으로 통신매체이용음란과 관련된 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제12조를 위반한 혐의로 피의자신문을 받았다. 신문 과정에서 피진정기관인 군사법경찰대는 진정인에게 소속 및 군번 등의 통상적인 인정신문을 넘어 교육, 종교, 가족관계 및 경력 등을 추가로 질문하였다. 이러한 질문은 범죄사실과 관련이 적으며, 수사상 반드시 수집되어야 하는 정보와는 거리가 있다. 이에 따라 진정인은 피의자신문에서 추가로 범죄의 정상과 관련성이 적은 질문을 하는 것은 기본권에 해당하는 사생활의 비밀과 자유를 침해에 해당한다고 주장했다.

2) 당사자의 주장 및 참고인 진술

먼저 피의자신문을 실시한 군사법경찰대의 주장에 따르면, 통상적 인정신문 이외 피의자의 환경, 종교 및 가족 등에 대한 추가 질문은 관련 법령에 따라 실시된 것이다. 이는 민간 경찰의 수사준칙에 적시된 유사한 수준으로 진행되었다. 또한 사건 관계기관인 해군 군사경찰대도 위와 같은 입장으로, 담당 기관은 사건에 따라 개별적으로

47) 해당 사례에 대한 자세한 사실관계 및 판단에 대해 국가인권위원회, 『2022년 군인권 결정례집』, 제3집, 2022, 263-267면.

관련 사실에 대해 추가로 질문할 수 있음을 확인했다. 이에 대해 다른 관계기관인 국방조사본부는 민간 경찰의 「범죄수사규칙」 제68조와 같은 규정은 국방부 내에 존재하지 않지만, 관행적으로 위 규정을 원용하였다는 점을 들며, 이와 관련하여 제도적 개선방안을 마련하고 있음을 알렸다.

본 사건의 참고기관인 경찰청 수사기획과는 「범죄수사규칙」 제68조는 피의자신문과정에서 양형 판단의 참고자료로 사용하기 위해 범죄사실 이외의 질문을 할 수 있도록 허용하고 있지만, 이는 임의적 질문사항으로 개인정보에 대한 불필요한 질문은 지양해야 함을 확인했다. 해당 기관에 따르면 “건강상태 확인 수준을 넘어 특이 질병이나, 노동조합·정당의 가입·탈퇴 등에 대한 질문은 수사상 반드시 필요한 경우 외에는 지양하도록 하였다. 혈액형은 범죠헌장 등에서 혈흔이 발견되어 식별이 필요한 경우 또는 종교는 특정 종교와 관련된 범죠헌 경우 등”⁴⁸⁾에만 추가적인 질문이 가능함을 밝혔다.

3) 인정사실 및 판단

국가인권위원회 침해구제 제1위원회는 먼저 「형법」 제51조에 따라 “범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 관계, 범행 후의 정황”을 고려하여 형을 결정해야 하고, 이때 동법 제53조에 따라 “범죠헌의 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 작량하여 그 형을 감경할 수 있음”을 확인했다. 이어 국가인권위원회는 「형사소송법」 제241조에 근거하여 피의자신문 시 신분 확인 관련 질문을 할 수 있고, 동법 제242조에 따라 “범죠헌사실과 정상에 관한 필요사항을 신문하여야 하며, 그 이익되는 사실을 진술할 기회를 주어야” 함을 확인했다.

국가인권위원회는 앞서 언급한 규정에 비추어 보아, 설사 신문 시 피의자에게 진술 거부권이 보장되더라도 수사기관은 피의자에게 모든 질문을 할 수 없으며, 필요 최소한의 범위에서만 가능하다고 언급했다. 또한 해당 사건에서 피진정기관이 진정인의 종교, 교육 및 경력 등에 관한 질문은 범죠헌의 정상과 관련 깊다 보기 힘들고, 극히 개인적인 질문으로 판단했다. 반면 국가인권위원회는 일반 수사의 관행에 따라 시행했다는 피진정인 주장의 타당성을 부정하였다.

48) 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2022, 265면.

이에 따라 국가인권위원회는 “이 사건 피진정기관이 진정인의 범죄 정상과 관련 없는 개인정보를 수집한 것은, 양형판단의 범위를 넘어 개인정보를 수집한 것으로서 적법절차의 원칙과 … 개인정보 자기결정권 및 사생활의 비밀을 침해하는 행위”⁴⁹⁾라고 결정했다. 다만 국가인권위원회는 이러한 피진정기관의 질문은 관행적으로 이루어진바 기관 담당 수사관 개인의 책임이라 볼 수 없다고 하면서도 향후 재발 방지를 위해 제도적 개선 및 신속한 시행을 해군참모총장에게 권고하였다.

나. 군 수사과정에서 의료조치 미흡 및 폭행 의견표명(2017. 9. 28. 결정 17진정6228)

국가인권위원회는 진정인이 사건 발생 후 총상을 입었음에도 적절한 응급조치를 받지 못하고 일주일 동안 유치장에 감금되었다는 사실에 대해 「헌법」 제12조에서 규정하는 신체의 자유를 침해한 것으로 판단했다. 본 사건의 사실관계 및 판단에 대한 요점은 다음과 같다.⁵⁰⁾

1) 사실관계

진정인은 1985. 8. 7. 해병대 야간 근무를 하던 중 한 방위병이 쏜 총에 맞았다. 이때 그는 발목 관통상 등의 중한 총상을 입었음에도 현병대 수사과정에서 유치장에 구금된 채 제대로 된 치료를 받지 못했다. 게다가 진정인은 총을 맞은 피해자임에도 불구하고 조사과정에서 알몸으로 의자 위에 올라가 고문 및 폭행을 당하며 허위 자백을 강요당했다. 그로 인해 그는 현재까지 발목, 허리 및 정신적 트라우마 등을 겪고 있다. 그러므로 진정인은 시간이 많이 흘렀음에도 자신이 받은 인권침해 사실을 밝히고, 보훈보상대상자 선정 등의 공상재심사를 신청하고자 국가인권위원회에 검토를 요청했다.

49) 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2022, 294면.

50) 해당 사례에 대한 자세한 사실관계 및 판단에 대해 국가인권위원회, 『2019년 군인권 결정례집』, 제3집, 2019, 230-237면.

2) 당사자 주장 및 참고인 진술

피진정기관인 해병대 제○사단은 1985년 진정인이 방위병이 쓴 총에 맞아 발목 관통상을 입었다는 사실이 있음을 확인했다. 그러나 유치장 입감기록은 5년 후 폐기하기 때문에 오랜 시간이 지난 현재 진정인의 유치장 구금 사실을 확인하기 어려웠다. 따라서 이에 대한 사실은 1985년 사고 당시 복무 중인 다른 군인을 통해 확인되었다.

먼저 첫 번째 참고인(사고 당시 헌병대 헌병)에 따르면, 진정인은 총상을 입은 후 곧바로 병원으로 이송되지 않고 헌병대 유치장에 구금되어 조사를 받았고, 2-3명의 부사관에게 알몸으로 폭행당해 시퍼렇게 멍든 장면을 목격하였다. 이후 참고인은 진정인에게 직접 우유와 빵을 전달하기도 하였다고 진술했다. 두 번째 참고인(사고 당시 해군 운전병)은 진정인과 군 입대 동기로 사고 당시 그가 유치장에 구금되어 있다는 장면을 목격했다고 말했다. 이어 진정인에게 구금 사유를 물었고, 그는 수사기간 동안 물고문과 알몸 상태에서 폭행당해 허리가 많이 아프다고 말했음을 전해 들었다.

세 번째 참고인(사고 당시 헌병대 전령)에 따르면, 1985년에 복무 중 예하 부대에서 위 사건이 발생했다는 사실을 전화 통화로 전달받았다. 이때 그는 진정인이 병원에 이송된 줄 알았으나, 전화 통화에서 사고 조사과정 중 진정인이 폭행당해 현재 구금되어 있다는 사실 역시 들었다고 진술했다.

3) 인정사실 및 판단

국가인권위원회 침해구제 제1위원회는 진정서, 참고인 진술서, 실황조사서, 검시조서 및 공무상병인증서 등을 검토한 결과 다음과 같은 사실을 인정하고 있다. 먼저 위원회는 진정인의 사건일자에 해병대 복무 중 해당 사건이 발생했음을 확인했다. 이어 1985. 8. 8.경 제1차 실황조사에 이어 1985. 8. 20. 제2차 실황조사가 전개되었음을 확인했다. 반면 위원회는 공무상병인증서에 응급입원 조치 일자 및 폐질(상해)의 정도 등이 기재되어 있지는 않고, 그 정도가 단지 1급으로만 표기되어 있었다고 밝혔다. 이후 시간이 지나 2014년에 진정인은 이 사건과 관련하여 보훈보상대상자 선정을 위해 부산지방보훈청에 신청하였으나 상이등급의 기준 미달로 기각되었다는 사실 역시 확인했다.

본 위원회는 먼저 미흡한 의료조치와 관련하여 당시 총상을 입은 피해자임에도

유치장에 일주일 동안 구금되어 필요한 의료조치를 받지 못했다는 진정인의 주장은 위 서류들의 종합적 검토 결과 사실에 부합한다고 판단했다. 또한 수사 중 고문 및 폭행에 대해서 위원회는 직접 목격한 첫 번째 참고인의 진술과 해당 사실에 대해 들은 두 번째 및 세 번째 참고인의 진술에 비추어 진정인의 주장이 상당히 신뢰할 만하다고 언급하며, 자세한 사실관계의 확인이 필요하다고 덧붙였다.

이에 따라 국가인권위원회는 “진정인이 사고자의 총에 맞아 관통상을 입었음에도 불구하고 즉각적인 입원 등의 응급조치를 취하지 않고 유치장에 감금한 것은 헌법 제12조에서 보장하는 신체의 자유를 침해한 것”⁵¹⁾이라고 판단했다. 또한 「국가인권위원회법」 제25조 제1항에 따라 진정인의 피해사실에 대해서 사실관계를 면밀히 검토한 후 보호보상대상자 선정에 있어 공상재심사가 이루어져야 함을 확인했다. 그럼에도 위원회는 본 사건이 1년 이상 경과 후에 신청되어 공소시효가 만료된 것으로 보아, 「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제4호에 따라 각하하였다.

다. 군부대 가혹행위 등 직권조사(2018. 6. 7. 결정 16직권25·15진정2938·16진정3885·16진정9023·16진정9220(병합))

국가인권위원회는 군부대 내 가혹행위 및 성범죄 등에 대한 피해신고가 있는 즉시 피해자 보호자에게 신속히 통지하고, 피해자와 그 변호인이 소송기록을 충분히 열람 및 복사할 수 있도록 제도적 개선을 권고했다. 본 사건의 사실관계 및 판단에 대한 요점은 다음과 같다.⁵²⁾

1) 사실관계

피해자는 2014. 4. 21. 공군에 입대한 후 아토피 악화 등의 이유로 보호관심병사로 지정되었다. 이후 그는 2014년 10월 말부터 3개월간 95회에 걸쳐 3명의 가해자로부터 폭언, 폭행 및 강제추행 등을 당했다. 이어 2015. 1. 8. 피해자는 가해자들을 주임원사에게 신고하였고, 그들은 검찰에 송치되었다. 위 과정에서 관련자 1과 2는 피해자를

51) 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2019, 234면.

52) 해당 사례에 대한 자세한 사실관계 및 판단에 대해 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2019, 243-258면.

즉시 가해자들로부터 분리하지 않았고, 추가 피해가 발생한 후에야 비로소 피해자는 분리 조치되었다. 이와 함께 군은 피해 사실에 대해 신고 7일 후 피해자 부모에게 통지했다.

이후 군 형사절차 진행 중 피해자 변호인이 증거기록 복사를 2차례 요청을 했으나 관련자 3은 열람 및 필사만 허가하였다. 이후 구속된 가해자 한 명은 2016. 5. 27. 대법원에서 징역 2년의 형이 최종 확정되었다. 이 과정에서 피해자의 부모는 2015. 4. 15. 군 복무 중인 아들이 부대 내에서 구타 및 가혹행위, 그리고 부대 책임자들로부터 강요 및 모욕 등의 인권침해를 받았다고 국가인권위원회에 진정을 제기하였다.

2) 인정사실

국가인권위원회 침해구제 제1위원회는 가해자 한 명은 재판을 통해 형이 확정되었고, 다른 가해자 두 명은 「군인사법」에 의해 징계위원회에서 영창 처분받았음을 확인했다. 또한 국가인권위원회는 국방부훈령(제2099호)인 「부대관리훈령」 제12조, 제224조 및 제226조에 의해 구타, 가혹행위 또는 성범죄에 대한 적절한 조치 및 가해자 분리를 원칙으로 하고 있으나, 관련자 1과 2는 피해자로부터 신고받았음에도 조치하지 않아 추가적인 피해가 발생했음을 인정했다.

또한 국가인권위원회는 「군사법원법」 제338조의3에서 피해자 등의 소송기록 열람 및 복사를 요청할 경우 타당성이 인정되면 허가하도록 명시하고 있음을 확인하였고, 이 사건에서 관련자 3은 소송기록 열람 및 필사를 허가하였기에 위 규정을 준수하였음을 인정했다. 그러나 위원회는 본 사건의 중대성을 비추어 보아 조치의 적절성에 대해 많은 의구심이 존재하는 상황에 소송기록 복사를 불허한 것은 피해자의 법적 구제 및 소송절차 참여권 보장에 충분치 않다고 판단했다.

3) 판단 및 제도적 개선 권고

국가인권위원회는 ‘군대 내 성폭력사건 근절을 위한 정책 및 제도개선’과 관련하여 2017년 직권조사를 실행하였고, 2017. 11. 23. 군 사법제도 개혁을 국방부 장관에 권고하였다. 이에 대해 2018. 2. 12. 국방부 역시 평시 심판관제도 폐지 및 고등군사법원의 민간법원 이양 등 군 사법제도 전반에 걸친 개혁안을 발표하였다. 따라서 국가인

권위원회는 군 사법개혁 이외의 내용에 대해 제도적 개선을 다음과 같이 권고했다.

이는 먼저 피해사실의 늦은 통지와 관련 있다. 군은 피해 발생 7일 후 피해자 부모에게 사건을 알렸다. 해당 통지가 지연됨에 따라 피해자의 보호자 역시 가해자들과 분리 등 적절한 조치를 하도록 요청하지 못했다. 국가인권위원회는 “의무 복무 중인 병사들은 국가의 징집에 따라 본인들의 의사와 무관하게 가족 등으로부터 떨어져 외부와 단절된 환경에 놓여 있는 상황이고, 그로 인하여 형사 피해를 당하였을 때 심리적으로 위축되며 적절한 법률적 조력을 받기도 어려운 사정이 있다.”고 판단했다.⁵³⁾ 이에 따라 국가인권위원회는 피해자가 정당한 권리를 행사할 수 있도록 보호자 통지 기준 절차가 마련되어야 한다고 개선을 권고했다.

다음으로 소송기록 복사허용 필요성과 관련하여 「군사법원법」 제338조의3은 재판장에게 소송기록 열람 및 복사를 신청할 수 있으나 세부 범위에 대해서는 재판장이 결정하도록 규정하고 있다. 국가인권위원회는 본 규정은 피고인의 무죄추정을 받을 권리 보장을 위해 민감한 사항의 외부 유출을 막고자 제정된 것이라 언급했다. 그러나 “공익을 대변하는 군검사가 군 내부에서 부대 지휘관의 지휘를 받는 사실을 고려할 때, 보다 적극적인 권리구제를 위해 피해병사와 변호인에게 피고인과 동일한 수준으로 소송기록의 공개를 확대할 필요가 있다.”⁵⁴⁾고 판단했다.

라. 성소수자 색출 및 수사(2018. 4. 13. 결정 17진정3357 외 243건(병합))

이 사건은 육군 중앙수사단 사이버수사팀이 수사 중 혐의 사실과 직접 관련이 없는 동성에 성향, 성행위 자세 및 만족감 등에 대해 질문하여 피해자들에게 인격적 및 성적 굴욕감을 주고 사생활의 비밀과 자유를 침해함으로써 발생했다. 본 사건의 사실관계 및 판단에 대한 요점은 다음과 같다.⁵⁵⁾

53) 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2019, 251면.

54) 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2019, 251-252면.

55) 해당 사례에 대한 자세한 사실관계 및 판단에 대해 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2019, 357-378면.

1) 사실관계

2017년 2월부터 육군 중앙수사단 사이버수사팀은 「군형법」 제92조의6에 규정된 추행죄에 대한 수사를 전개하는 과정에서 성소수자 군인들을 수사 대상에 포함시켰다. 사건 조사과정에서 피진정인 1(육군 중앙수사단 사이버수사팀장)은 조사 시작 전 또는 조사 중에 피해자들의 휴대전화를 반강제로 수거하여 휴대전화 내 전화번호, 문자 및 SNS 메시지 등을 복사하였다.

또한 피진정인 1은 피해자 2에게 직접 성소수자 만남을 위한 어플리케이션을 통해 피해자 4에게 만날 수 있는지 등을 묻도록 하였다. 그는 수사를 진행하면서 다수의 피해자들에게 동성에 성향, 성행위 자세 및 만족감 등에 대해 질문하였다. 이후 피진정인 1은 각 피해자 소속 부대에 조사받은 사실을 알렸다. 이에 군인권센터 외 243명은 피해자 14명에 대한 수사상 인권침해에 대해 국가인권위원회에 진정하였다.

2) 당사자의 주장 및 피해자 진술

본 사건에 대해 피해자 1은 수사관들이 자신에게 성행위 체위, 동성에 성향 및 시기 등을 질문하였고, 포렌식을 위해 휴대전화를 수거하여 임의제출 동의서에 서명 하라고 했다는 사실을 진술했다. 피해자 2는 피진정인 1이 2017. 2. 15. 수사관 2명과 함께 법정에서 불리할 수 있으니 협조해달라고 하며 휴대전화를 수거하여 저장되어 있던 내용을 복사해갔으며 성행위 관련 질문 후 성소수자 만남 어플리케이션을 통해 사용자에게 메시지를 보내도록 했다고 진술했다.

피해자 3 역시 수사관들이 찾아와 피해자 2와 같이 휴대전화 수거 후 성행위에 대한 구체적 질문을 하였고, 이어 자신의 소속 부대 대대장과 주임원사 등에게 그 내용을 알렸으나 이와 관련하여 불이익은 없었다고 말했다. 피해자 4의 진술에 따르면, 피진정인 1과 수사관들이 찾아와 자신이 피해자 2에게 보낸 사진 및 채팅 등을 보여주며 지금 말하지 않으면 가중처벌 된다고 언급했고, 휴대전화 제출을 요구하며 성행위 한 군인에 대해 추궁했다. 피해자 5는 수사관들의 수사 과정에서 강압수사는 없었다고 진술하도록 강요받았다. 피해자 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14의 진술은 앞서 피해자들이 언급한 내용과 크게 다르지 않다.

본 사건에 대해 피진정인 2(전 육군참모총장)에 따르면, 2017년 2월 중순경부터

사건에 대한 보고를 받았으며, 이는 통상의 지휘계통과 보고절차에 따라 비대면으로 이루어졌고, 따로 특별한 지시는 하지 않았다. 또한 그는 피진정인 1 등에게 성적 소수자를 색출하라고 지시하지 않았다고 덧붙였다.

피진정인 1은 위 사건은 동성 군인 간 성행위 음란물 유포와 관련 있기에 군인 신원에 대한 수사 확대는 불가피했다고 진술했다. 또한 그는 성소수자 만남 앱 관련 지시에 대해 이는 피해자의 자발적인 협조였고, 성에 대한 구체적인 질문은 범죄혐의 입증에 필요한 범위 내에서 실시되었다고 언급했다. 이외 사적 질문을 한 바는 있으나 이에 대해 피해자는 변호사 입회하에 성적 굴욕감을 느끼지 않았다고 언급했음을 강조했다. 이어 피진정인 1은 변호인 선임 등 피의자 권리를 충분히 고지하였고, 휴대폰 제출에 대해서는 모두 임의제출 형식으로 수거하였다고 말했다. 마지막으로 그는 피해자들의 소속 부대장 등 직속상관에 알린 사실에 대해, 이는 2차 추가 피해를 방지하기 위한 예방적 조치라고 하였다.

3) 인정사실 및 판단

국가인권위원회 차별시정위원회는 진정인과 피해자 및 피진정인의 주장과 기타 관련 진술 및 자료를 종합하여 검토하였을 때 다음과 같이 판단하였다. 먼저 국가인권위원회는 피진정인 1의 성소수자의 색출 목적으로의 수사 대상의 확대 여부에 대해, 관련 사건은 육군 내에서 중요 사건으로 취급되었다는 점과 동성에 성향 자체가 수사 대상이 아님을 언급했다는 점 등을 비추어 위와 같은 목적으로 수사가 이루어졌다고 볼만한 객관적 증거가 없다고 판단했다.

게다가 국가인권위원회는 휴대폰 포렌식의 요청에 대해 전반적으로 강압적인 분위기에서 수사가 이루어졌지만 위법한 수사 또는 인권침해가 있다고 보고 힘들며, 피해자가 임의제출에 동의한 사실 및 변호인의 조력을 받을 권리를 고지받았다고 서명날인 한 사실에 대해 부인할 수 없다고 판단했다. 또한 피해자로 하여금 만남 앱을 통해 연락하도록 한 것 역시 불법적인 함정수사라고 보고 힘들다고 덧붙였다.

다만 국가인권위원회는 피해자들에게 동성에 성향, 성행위 자세 및 만족감 등과 관련된 구체적인 질문을 한 사실은 피해자 및 진정인 1에 의해 인정되는 바이고, 이는 “수사 목적상 필요한 조치라 보기에는 어렵다고 판단하여 헌법 제10조에서 규정

하고 있는 인격권 및 제17조에 따른 사생활의 비밀과 자유 등을 침해한 것⁵⁶⁾이라고 결정했다. 이에 “국가인권위원회는 육군참모총장에게 향후 군형법상 추행죄 수사와 관련하여, 혐의 사실과 직접 관련 없는 사항을 묻는 등 피의자에게 인격적 굴욕감을 주고 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 행위가 다시 발생하지 않도록 주의할 것을 권고했다.”⁵⁷⁾

2. 소결

군 수사절차에서 인권침해 사례는 다수 찾아볼 수 있다. 먼저 첫 번째는 군사법경찰대가 피의자신문 시 범죄사실과 관련 없는 질문을 하여 과도하게 개인정보를 수집한 사례이다. 국가인권위원회는 수사절차상 피의자에 대해 과도하게 개인정보를 수집하는 것은 적법절차의 원칙, 개인정보 자기결정권 및 사생활의 비밀을 침해한다고 결정했다.

두 번째 사례는 수사절차상 적절한 의료조치를 하지 않은 사실과 관련 있다. 진정인은 현병대 수사과정에서 상처를 입었음에도 유치장에 구금된 채 적절한 의료조치를 받지 못했다. 또한 그는 피의자 신문과정에서 고문 및 폭행을 당했다. 이는 1985년에 발생한 사건으로 공소시효가 만료되었지만, 국가인권위원회는 해당 사실에 대해 인권침해를 인정하며 보훈 보상대상자 선정을 위해 공상재심사가 이루어져야 함을 결정했다.

세 번째는 군 수사기관이 가혹행위 및 성범죄 피해자의 보호자에게 해당 사실을 신속히 통지하지 않아, 추가 피해가 발생한 사건이다. 또한 이 사건에서 변호인에게는 소송기록에 대한 열람 및 복사가 제한적으로만 허용되었다 이에 따라 국가인권위원회는 피해자의 법적 구제 및 소송절차 참여권이 충분히 보장되지 않았다고 판단했다.

네 번째는 과도한 수사로 인해 피의자의 사생활의 비밀과 자유가 침해된 사례이다. 육군 중앙수사단 사이버팀의 수사과정 중 군 내 성 소수자들에게 개인의 성과 관련된 질문 및 발언을 함으로써 인권침해를 야기했다. 위의 사례들 외에 군 내 부당한 감찰조사⁵⁸⁾ 및 영상녹화 사실에 대해서 고지하지 않음으로써 인권을 침해한 사례⁵⁹⁾도 존재

56) 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2019, 371면.

57) 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2019, 371면.

58) 2020. 12. 22. 결정 20진정0676000.

한다.

수사절차상 인권침해는 과거부터 현재까지 지속적으로 발생하고 있다. 비록 2021년 「군사법원법」 개정으로 많은 부분이 개선되었음에도 여전히 군 수사절차에서 여러 문제점이 지적되고 있다. 특히 2023. 7. 19.에 발생한 해병대 제1사단 일병 사망사건은 현재 한국사회에서 가장 이슈화되고 있는 문제 중 하나이다. 국방부는 사건이 발생한 후 수사를 전개하였지만, 정확한 원인 규명 없이 단 1주일 만에 수사를 종료시켰다.⁶⁰⁾ 이에 대해 부실수사에 대한 우려의 목소리가 나오는 가운데 해병대 제1사단장이 과도한 명령을 내렸다는 사실이 확인되었다.⁶¹⁾ 이후 해병대 수사단장은 제1사단장을 과실치사 혐의로 경찰에 이첩할 예정이었으나, 국방부 장관은 결재사실을 번복하며 이첩을 보류하도록 명하였다.⁶²⁾ 하지만 수사단장은 민간 경찰에 이첩하였고, 그는 항명으로 인해 보직이 해임되었다.⁶³⁾ 이러한 사실들에 비추어 보아 군 인권침해를 예방하기 위해 특히 수사절차에서 많은 개선이 요구된다.

59) 2021. 4. 27. 결정 20진정0082500.

60) *MBC NEWS* 2023년 7월 27일 보도 “[단독] 수중 수색 누가 지시?...1주일 만에 수사 종료”(https://imnews.imbc.com/replay/2023/nwdesk/article/6508330_36199.html; 최종접속일: 2023년 9월 11일).

61) *MBN NEWS* 2023년 7월 24일 보도 ““물속 수색 강행 지시 근거 없지 않다”...해병대 사실 관계 조사 중”(https://v.daum.net/v/20230724192840074; 최종접속일: 2023년 9월 11일).

62) 『뉴시스』 2023년 9월 8일 보도 ““수사외압’ 폭로 박정훈 대령 공수처 출석...“이첩보류 못들어””(https://newsis.com/view/?id=NISX20230908_0002443358&cID=10201&pID=10200; 최종접속일: 2023년 9월 11일).

63) 『동아일보』 2023년 8월 10일 보도 ““철저 수사했을 뿐인데 해임” vs “보고서 이첩 보류 명령 어겨””(https://www.donga.com/news/article/all/20230810/120643007/1; 최종접속일: 2023년 9월 11일).

제2절 | 군 공판절차에서의 인권침해 사례

군사재판의 공판절차에서의 인권침해 사례는 많지 않고, 최근까지의 몇몇 사례를 통해 일부 공판절차상 인권침해 사실을 확인할 수 있었다. 따라서 우선 어떤 권리가 침해되었는지 사례 3개의 사실관계, 당사자의 주장과 인정사실에 대한 요점을 순차적으로 살펴본 후 종합적으로 정리해 보고자 한다.

1. 사례분석

가. 피고인에 대한 공소사실 유출로 인한 사생활 침해(2021. 11. 25. 결정 21진정0429800)

본 사건은 진정인이 제출한 ‘송달주소 변경 및 송달영수인 지정신청서’를 군검사가 기소 시 첨부하지 않아, 재판단계에서 법원이 공소장 부분을 변경된 주소가 아닌 본 주소로 송부하여 진정되었다. 국가인권위원회는 피진정인의 주장을 받아들이며, 진정신청을 기각하였지만, 피고인에 대한 사생활의 비밀 및 자유와 개인정보자기결정권 침해의 중대성을 고려하여 유사한 문제가 재발되지 않도록 국방부장관에게 절차적 개선을 권고했다. 본 사건의 사실관계 및 판단에 대한 요점은 다음과 같다.⁶⁴⁾

1) 사실관계

진정인은 2021. 1. 28.부터 피진정부대인 군사경찰대 수사과에서 관련 사건에 대해 조사받았다. 진정인은 변호인을 선임하고 2월 25일 본 주소를 변호인 사무실로 변경하기 위해 ‘송달주소 변경 및 송달영수인 지정신청서’를 군검찰에 제출했다. 사건 담당 군검사는 2021. 6. 10. 재판절차를 개시하기 위해 공소를 제기하였다. 이때 그는 위 지정신청서를 공소장에 함께 첨부하지 않았다. 공소장을 수령한 보통군사법원은 다음 날인 6월 11일 공소장 부분을 피고인인 진정인의 본 주소로 발송하였고, 이로써 그의 가족에게 기소된 사실이 알려지게 되었다. 그러므로 진정인은 피진정인이 해당 신청

64) 해당 사례에 대한 자세한 사실관계 및 판단에 대해 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2022, 543-553면.

서를 첨부하지 않은 것은 인격권 및 사생활의 비밀 등을 침해한 것이라는 이유로 국가인권위원회에 진정하였다.

2) 당사자의 주장 및 참고인 진술

‘송달주소 변경 및 송달영수인 지정신청서’ 누락에 대해, 먼저 피진정인은 기소 시 누락한 점에 대해 유감을 표하였다. 다만 그는 해당 서류는 기관별로 따로 신청해야 하는 것이 원칙이기에, 진정인은 군검찰과 다른 사법권을 가진 군사법원에 추가로 신청해야 함을 강조했다. 또한 담당 군검사는 수사단계에서 신청된 서류를 법원에 의무적으로 이첩해야 하는 것은 아니라고 덧붙였다.

또한 참고인에 따르면, 공소장 부분의 송부 목적은 공소사실을 미리 알려줌에 따라 피고인의 방어권을 보장하는 것이다. 반면 피진정인은 ‘송달주소 변경 및 송달영수인 지정신청서’는 “피고인 등이 법원소재지에 송달받을 수 있는 주거나 사무소를 두지 않은 경우, 법원소재지에 주거나 사무소를 둔 타인을 송달영수인으로 신고하여 송달을 받기 위한 것이므로 위 사건과 같이 공소사실을 가족에게 숨기기 위한 목적이 아님”을 강조했다.⁶⁵⁾

3) 인정사실 및 판단

국가인권위원회 침해구제 제1위원회는 진정인이 ‘송달주소 변경 및 송달영수인 지정신청서’를 군검찰에게 신청했고, 반면 그는 공소제기 시 이를 첨부하지 않았음을 인정했다. 이에 보통군사법원은 피고인인 진정인의 본 주소인 전라남도 해남군에 공소장 부분을 발송했음을 확인했다. 이에 본 위원회는 공소장 부분의 송달과 관련된 「군사법원법」 제308조, 송달장소변경의 신고의무에 대한 「민사소송법」 제185조 및 이 규정을 준용하고 있는 「군사법원법」 제102조에 비추어, 원칙적으로 위 신청서는 송달을 취급하는 기관에 접수해야 한다고 보고, 군검찰과 군사법원이 같은 부대에 위치하더라도 다른 사법권을 가진 별도 기관이므로 진정인은 군사법원에 이를 따로 신청해야 한다고 판단했다.

이와 함께 국가인권위원회는 형사절차상 사건에 대한 법원의 예단을 방지하고자

65) 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2022, 545면.

기소시 공소장 이외 사건 관련 다른 서류를 첨부하지 않도록 하고 있음을 강조하며, 피진정인인 군검사가 공소제기 할 때 반드시 해당 신청서를 첨부해야 하는 것을 아님을 확인했다. 따라서 위원회는 피진정인이 진정인이 제출한 해당 신청서를 법원에 송부하지 않은 사실에 대해 위법 및 부당하다고 볼 수 없어 이를 기각했다.

반면 국가인권위원회는 본 사건에 대해 진정을 기각 결정하였지만, 진정인이 일반인이라는 사실에 비추어 전문적 지식을 갖추고 있다고 보기 어렵고, 군검찰과 군사법원이 같은 부대 소속으로 있기에 '송달주소 변경 및 송달영수인 지정신청서'가 법원에 이첩될 수 있다고 믿을 가능성 역시 존재한다고 보았다. 따라서 본 위원회는 해당 사건에서 침해된 사생활의 비밀 및 자유와 개인정보자기결정권 등의 중대함을 고려하여 재발방지를 위해 「국가인권위원회법」 제19조 제1호 및 제25조 제1항에 따라 개선을 권고했다.

나. 법정 내에서 부당한 포승줄 및 수갑 착용(2016. 7. 20. 결정 16진정2056)

국가인권위원회는 법정 도착 후 진정인의 포승줄 및 수갑을 그대로 두고 관련 서류를 작성하게 하고 공판장에서 선서하게 한 사실에 대해 인격권 및 신체의 자유가 침해되었음을 인정하고 교도소장과 해당 법원 지원장에게 교육 등 필요한 조치를 권고했다. 본 사건의 사실관계 및 판단에 대한 요점은 다음과 같다.⁶⁶⁾

1) 사실관계

진정인은 군 복무기간에 사기 등 혐의로 2015. 7. 17. 구속되어 징역 2년 6월을 선고받아 교도소에서 이송되었다. 이어 진정인은 2016. 3. 21. 군 입대 전 채무불이행으로 법원으로부터 출석 소환장을 받았다. 교도관인 피진정인 1은 법원 도착 후 관련 서류 작성 시 한쪽 손의 수갑만 풀고 포승줄은 그대로 두었다. 이는 재판장에 도착하여 선서할 때도 유지되었다. 법정에는 진정인인 진홍색인 포승줄에 묶여있는 진정인을 쉽게 목격할 수 있었다. 또한 진정인은 피진정인 1에게 마스크를 요청하였으나 이를 제공하지 않아 공판장까지 호송 중 그의 얼굴 등이 모두 노출되었다. 따라서

66) 해당 사례에 대한 자세한 사실관계 및 판단에 대해 국가인권위원회, 『2017년 군인권 결정례집』, 제1집, 2017, 292-297면.

진정인은 이를 국가인권위원회에 진정하였다.

2) 당사자 주장 및 참고인 진술

교도소 교도관인 피진정인 1에 따르면, 법원 303호에서 진정인이 재산목록 서류를 작성할 때 피진정인 2(법원보안관리대 경위)가 수갑만 풀어주도록 허용했음을 언급했다. 이어 309호로 진정인을 데리고 간 후 피진정인 2에게 다시 포승줄 해제 여부에 대해 물었으나, 그는 그대로 두어도 괜찮다고 답변했다. 또한 피진정인 1은 진정인의 마스크 요청에 대해, 일반적으로 마스크는 수용자들이 직접 개별적으로 구입해야 하는 것이고, 다만 향후 수용자 인권보호를 위해 별도로 구비해 두겠다고 말했다.

피진정인 2는 위와 같은 사실에 대해, 303호에 간 적도 없으며, 수갑만 풀어주라고 말한 사실 역시 부정했다. 마찬가지로 그는 309호에서 피진정인 1의 포승줄 해제 여부에 대한 질문에 당연히 풀어줘야 한다고 답변했다고 언급했다. 또한 그는 법원 경위의 임무는 소란행위 등을 제지하는 것이지 수용자의 보호장비 해제 여부에 관해 결정할 수 없다고 덧붙였다.

이러한 사실에 대해 참고인인 진정인의 모에 따르면, 2016. 3. 21. 309호실에 있을 때, 다른 수용자들은 수갑을 풀고 선서한 반면, 진정인은 포승줄에 묶인 채 선서했다. 또한 교도소 교도병은 303호 도착 후 피진정인 1이 수갑과 포승줄을 풀라고 지시했으나, 법원 직원이 이를 제지했다고 설명했다. 교도병은 마스크와 관련하여 진정인이 피진정인 1에게 요청했으나 그냥 출발했다고 덧붙였다. 법원 청원경찰은 303호에 있을 때 피진정인 1이 수갑 안쪽에 묶인 포승줄을 풀기 힘들다고 말한 사실을 언급했다.

3) 인정사실 및 판단

국가인권위원회 침해구제 제1위원회는 피진정인들의 일련의 행위들은 「헌법」 제10조에 정한 기본적 인권의 본질적 내용의 불가침성을 침해하고 제12조 제1항에 정한 신체의 자유 및 적법절차의 원칙을 위반한 것임을 확인하였다. 이어 「군에서의 형의 집행 및 군수용자의 처우에 관한 법률」 제85조에서 명시한 바와 같이 교정시설 밖에서의 수용자 호송은 수갑과 포승줄을 사용하여야 하지만, 공판정 내에서는 「형사소송법」 제280조 및 「군수용자 계획근무 훈령」에 따라 신체 구속의 원칙적 금지 및 보호장

비가 해제되어야 함을 확인했다.

국가인권위원회는 피진정인 1과 2의 보호장비 해제에 대한 논의는 사실로 보이나, 보호장비 해제 관련한 업무는 원칙적으로 교도관에 달려있고, 피진정인 2는 이에 대해 직접적인 책임이 없다고 설명했다. 다만 “‘법원보안관리대의 설치, 조직 및 분장 사무 등에 관한 규정’ 제6조에 따라 법원관리대원은 청사 출입자의 인격이 부당하게 훼손되지 않도록 세심한 주의를 기울여야 함에도, … 수갑과 포승줄을 풀지 않은 채 선서하게 놓아둔 사실은 피진정인 2의 주의의무가 소홀했다.”⁶⁷⁾고 판단했다.

이에 따라 위원회는 진정인이 법원 309호에서 포승줄 및 수갑이 해제되지 않아 그의 인격권 및 신체의 자유가 침해되었음을 인정하고 교도소장과 해당 법원 지원장에게 교육 등 필요한 조치를 권고했다. 또한 마스크에 관해서는 피진정인 1이 최소한의 노력을 기울였고, 추후 수용자에게 지급 예정이므로 이에 대해 추가 조치는 언급하지 않았다.

다. 직권남용에 의한 인권침해(2005. 2. 28. 결정 04진인3966)

피고인인 진정인은 변호인 접견에 대해 요청했음에도 불구하고 보통군사법원 실무담당자의 업무착오와 형무 담당관의 업무 소홀로 인해 국선변호인 선임과 관련된 사실을 전달받지 못했다. 이에 대해 국가인권위원회는 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이라고 판단하여 재발방지를 위해 관련 기관장에게 직원교육을 권고하였다. 본 사건의 사실관계 및 판단에 대한 요점은 다음과 같다.⁶⁸⁾

1) 사실관계

2004. 9. 10. 군검찰은 진정인을 군무이탈죄로 보통군사법원에 기소했다. 이어 같은 날 군사법원 실무담당자인 피진정인 3은 공소장 부분과 ‘변호인 선임에 관한 고지서’를 헌병대에 전달한 후, 9월 13일 국선변호인의 선정을 결정하였다. 그러나 헌병대장과 진정인은 실무담당자의 업무착오로 인해 국선변호인 선임과 관련하여 전달받지

67) 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2017, 297면.

68) 해당 사례에 대한 자세한 사실관계 및 판단에 대해, 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2017, 257-262면.

못하였다. 이후 진정인은 공판기일 전날인 9월 20일까지 2회에 걸쳐 변호인에 대해 문의했으나 답변받지 못했다. 따라서 진정인은 변호인의 조력을 받을 권리 등이 침해 받았다고 판단하여 국가인권위원회에 진정하였다.

2) 당사자의 주장

피진정인 1인 형무반장에 따르면, 2004. 9. 14.과 9. 20. 진정인으로부터 변호인 접견 요청을 받았고 군사법원에 문의하였으나, 군사법원으로부터 이에 대한 답변을 받지 못했다. 법원 실무자인 피진정인 3은 국선 변호인에게는 선정 결정문을 송부했으나 헌병대장과 진정인에게는 업무착오로 송달하지 못했음을 인정했다.

3) 인정사실 및 판단

국가인권위원회 제2소위원회는 2004. 9. 10. 군검찰로부터의 공소제기에 이어 공소장 부분과 '변호인 선임에 관한 고지서'를 헌병대에 송부하고, 3일 뒤 진정인의 국선변호인의 선임이 결정되었음을 확인하였다. 이어 위원회는 군사법원 실무담당자인 피진정인 3이 9월 18일 국선 변호인에게는 변호인 선정 결정문을 송부했으나, 헌병대장과 진정인에게는 업무착오로 전달하지 못했음을 인정했다. 또한 재판 전날인 9월 20일까지 헌병대 형무 담당관인 피진정인 1에게 변호인 접견을 요청했으나, 그의 업무 소홀로 인하여 답변받지 못했다는 사실 역시 확인하였다.

이에 국가인권위원회는 “피진정인 3의 업무착오로 인해 변호인 선임사실을 송달 및 고지해 주지 아니하여 헌법 제12조 제4항 단서에 규정된 국선변호인의 조력을 받을 권리를 침해하였다고 판단했다.”⁶⁹⁾ 마찬가지로 피진정인 1이 2차례의 진정인 확인 요청에도 불구하고, 이를 명확히 확인하지 않은 사실에 대해서도 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다고 판단했다.

이어 본 위원회는 항소절차 미고지 및 강제입원추진 등 이외의 진정에 대해서는 각하 및 기각하고, 위 사실에 대해서만 향후 재발방지를 위해 해당 기관장에게 직원교육이 실시될 수 있도록 권고하였다.

69) 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2022, 260면.

2. 소결

앞서 검토한 군 공판절차에서의 인권침해 사례는 다음과 같이 요약할 수 있다. 첫째는 피고인의 공소사실 유출에 대한 사생활 침해와 관련 깊다. 국가인권위원회는 공소제기 시 ‘송달주소 변경 및 송달영수인 지정신청서’를 법원에 첨부하지 않아 피고인의 범죄사실이 다른 사람에게 알려진 사실에 대해 위법이 아님을 인정한 반면, 종합적 상황에 비추어 사생활의 비밀 및 개인정보자기결정권 침해의 사전 예방을 위해 제도적 개선을 권고하였다.

두 번째는 법원 내 피고인의 포승줄 및 수갑을 풀지 않고, 법정 내 선서 시 이를 그대로 둔 사례이다. 국가인권위원회는 피고인의 포승줄 및 수갑을 해제하지 않고 선서 및 재판 전개하도록 한 사실에 대해 피고인의 인격권 및 신체의 자유가 침해되었음을 인정하였다. 세 번째는 형무 담당자의 업무 소홀함으로 인해 피고인이 국선변호인 선임 관련 사실을 전달받지 못한 사례이다. 국가인권위원회는 군사법원 사무 담당자가 변호인 선정 결정문을 피고인에게 보내지 않은 사실에 대해 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다고 판단했다.

군 공판절차상 인권침해 사례는 수사절차에 비해 그 수가 적다. 또한 2021년 「군사법원법」 개정을 통해 군사법원이 구조적 및 제도적으로 많은 부분 개선되어 앞으로도 공판절차상 인권침해 사례는 감소할 것으로 생각된다. 반면 이러한 사실은 군 공판절차의 문제점에 대한 완전한 해소를 의미하지는 않는다. 여전히 2021년 「군사법원법」 개정을 통해 반영되지 않은 부분이 많으며, 군 재판절차의 공정성 강화를 위한 추가적인 검토가 필요하다. 특히 이는 피해자 및 피고인의 권리보호와 관련 깊다.

제3절 | 기타 절차상 인권침해 사례

군 형사절차상 인권침해 사례는 수사 및 공판절차에서만 존재하는 것은 아니다. 이외의 절차에서 몇몇 사례가 발견되는데, 이는 구금시설 내 수용자에 대한 인권침해와 관련 깊다. 따라서 먼저 어떤 권리가 침해되었는지 사례 3개의 사실관계, 당사자의 주장 및 인정사실에 대한 요점을 순차적으로 살펴본 후 종합적으로 정리해 보고자 한다.

1. 사례분석

가. 2016년 군 영창 방문조사에 따른 권고(2017. 1. 24. 결정 16방문3)

본 사건은 미결수용자 접견 및 전화통화를 청취·기록·녹음·녹화함에 있어서의 생활 침해, 과도한 제한 및 영창 내 수용자의 기본권 강화와 관련된다. 국가인권위원회는 구금시설 내에서 미결수용자 및 그 밖의 모든 수용자의 인권이 정확히 보장될 수 있도록 개선할 것을 요청했다. 본 사건의 사실관계 및 판단에 대한 요점은 다음과 같다.⁷⁰⁾

1) 사실관계

국가인권위원회는 과거 여러 차례 군 내 영창 방문조사를 통해 많은 부분을 개선했음에도 불구하고 여전히 인권침해 관련 민원이 접수되고 있어, 「국가인권위원회법」 제24조에 따라 2016년 7월 한 달여간 해군 등 총 9개 부대를 대상으로 방문 조사를 하였다. 몇몇 문제점은 조사과정에서 각 헌병대의 협조로 현장에서 즉시 개선되었다. 이후 위원회는 각 부대에 지속적인 모니터링을 요청하였고, 그 중 일부 부대로부터만 답변을 받았을 수 있었다. 이에 위원회는 「국가인권위원회법」 제25조에 따라 해당 부대에 제도적 개선을 권고했다.

70) 해당 사례에 대한 자세한 사실관계 및 판단에 대해 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2019, 5-17면.

2) 인정사실 및 판단

국가인권위원회 침해구제 제1위원회는 먼저 미결수용자 접견 및 전화통화 시 사생활 침해 문제를 먼저 검토하였다. 「군에서의 형의 집행 및 군수용자 처우에 관한 법률」(군형집행법) 제42조 제2항에서는 법률이 규정하는 특정 경우에 필요시 군수용자의 접견내용을 청취, 기록, 녹음 또는 녹화할 수 있다고 규정하고 있다. 이어 제3항에서는 “제2항에 따라 녹음 및 녹화하는 경우에는 미리 군수용자와 그 상대방에게 그 사실을 알려주어야 한다.”고 적시하고 있다.

국가인권위원회가 각 부대를 방문하여 검토한 결과 미결수용자 접견 및 전화통화 시 관행적으로 모두 녹음하고 있음을 확인하였는데, 이는 「군형집행법」 제42조에 근거한 조치이다. 그러나 국가인권위원회는 본 조항에서 규정한 ‘필요할 때’의 기준은 자의적으로 판단될 수 있기에 이에 대한 세부지침 마련을 요청하였고, 사생활이 정확히 보호되기 위해 군수용자와 그 상대방에게 녹음사실을 사전에 알려야 한다고 강조했다. 또한 국가인권위원회는 일부 부대를 제외하고 대부분의 부대에서 녹음 시 미결수용자의 개인 사생활에 민감한 부분까지 문답식으로 기록되고 있음을 확인하였다. 이에 따라 녹음할 때는 간단한 요지만 기록될 수 있도록 권고하였다.

이와 함께 국가인권위원회는 미결수용자를 포함한 모든 수용자에 대한 과도한 제한과 관련하여 몇 가지 문제점 및 개선점을 지적하였다. 먼저 「군형집행법」 제34조에서 규정하는 실외운동과 관련하여, “실외운동은 수용자의 자발적 의지를 고려해 시행하는 것이지, 영창 근무자가 자의적 재량으로 강제할 수 있는 행위로 보기 어렵다. 따라서 수용자 의사에 반한 강제적 체력단련은 개선할 필요가 있다.”⁷¹⁾고 판단했다. 국가인권위원회는 이외 수용자 교정교화프로그램, 인권교육, 직무교육 및 영창 내 기본권이 강화되어야 함 역시 지적했다. 특히 영창 내 기본권 강화는 내부 위생 문제, 영창 시설, 종교활동 및 진료권 등과 관련 깊다.

71) 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2019, 9면.

나. 2021년 군 교정시설 방문조사에 따른 권고(2021. 12. 28. 결정 21방문 0000500)

국가인권위원회는 군 교정시설 내 인권침해 여부를 확인하고자 2020년 8월부터 정기 방문 조사를 하였고, 이때 미결수용자 서명등록부를 입소 순서에 따라 작성하도록 하는 절차는 개인정보자기결정권 등의 침해임을 지적하며 이에 대한 개선을 해당 기관에 권고하였다. 본 사건의 사실관계 및 판단에 대한 요점은 다음과 같다.⁷²⁾

1) 사실관계

국가인권위원회는 군 교정시설 내 인권침해에 대한 문제점을 파악하고자 「국가인권위원회법」 제24조에 따라 정기 방문 조사를 하였는데, 이는 2020. 8. 5.부터 군 영창제도 폐지에 따른 미결수용자에 대한 처우에 초점을 두어 이루어졌다. 국가인권위원회는 2021년 11월에 총 6개 부대의 교정시설을 방문하여 미결수용자의 처우와 관련된 시설의 전반을 살펴보았다. 조사하는 동안 각 부대는 수용자 인권 및 권리가 적절히 보장될 수 있도록 적극 협조했으며, 해결이 즉시 가능한 문제에 대해 현장에서 곧바로 개선하였다. 그럼에도 국가인권위원회는 군 교정시설 내 공통적으로 제기될 수 있는 군 수용자 인권침해 관련 개선점을 「국가인권위원회법」 제19조 제1호 및 제25조 제1항에 따라 해당 기관에 권고했다.

2) 인정사실 및 판단

국가인권위원회 침해구제 제1위원회는 방문 조사 결과 다음과 같이 판단하였다. 먼저 본 위원회는 해병대 제2사단에서 미결수용자 서명등록부를 입소 순서에 따라 작성하도록 하고 있음을 확인했다. 이러한 조치는 법적 근거에 따라 시행되는 것이 아니었고, 또한 먼저 작성하는 미결수용자의 개인정보가 노출될 수 있다는 사실 역시 확인했다. 이에 위원회는 “미결수용자 서명등록부를 관리하는 것은 개인정보 보호 원칙에 위배되고, 개인정보자기결정권과 사생활의 비밀과 자유를 침해할 소지가 커 보이는바, 이를 폐지하는 게 적절해 보인다.”고 권고했다.⁷³⁾

72) 해당 사례에 대한 자세한 사실관계 및 판단에 대해 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2022, 69-75면.

73) 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2022, 77면.

이외 국가인권위원회는 다음과 같은 인권침해 문제에 대해 개선을 권고했다. 먼저 국방부 근무지원단의 구금시설이 일자형 복도식 구조로 되어 있어 교도병이 상시 수용자를 관찰하지 못하는 문제에 대해, 이는 국방부 표준설계도-군 미결수용실 기준과 일치하지 않으며, 수용자 안전사고 예방을 위해 개선이 필요하다고 지적했다. 또한 위원회는 공군 제8비행단의 미결 수용시설 면회실이 교정시설 출입구 내부 정면에 공개된 채 설치된 구조에 대해 미결수용자가 면회객과 접견하는 장면을 외부에 쉽게 노출하게 만들어 그들의 사생활의 비밀과 자유를 침해할 소지가 있다고 판단하여 개선을 권고했다.

다. 2020년 군 구금시설 방문조사에 따른 권고(2020. 10. 13. 결정 20방문 0000100)

국가인권위원회는 군 구금시설 수용자(특히 미결수용자)의 인권이 충분히 보장되고 있는지를 확인하고자 2020년 6월 방문 조사를 하였다. 이때 위원회는 개인정보가 담긴 거실현황표 및 가족통지사확인서 등 작성 절차에 있어 개인정보자기결정권과 사생활의 비밀 및 자유가 쉽게 침해될 수 있다고 판단했다. 이와 함께 변호인 접견권 등이 적절히 보장될 수 있도록 대상 부대에 개선을 권고했다. 본 사건의 사실관계 및 판단에 대한 요점은 다음과 같다.⁷⁴⁾

1) 사실관계

국가인권위원회는 군 구금시설 수용자에 대한 처우 및 시설 등의 인권침해 여부를 파악하고자 「국가인권위원회법」 제24조에 근거하여 2020. 6. 10.부터 방문 조사를 하였다. 특히 이는 미결수용자에 대한 구금실태에 중점을 두었다. 이번 조사는 총 6개 부대 구금시설을 방문했으며, 위원회는 각 부대가 조사에 적극적으로 협조하며 구금시설 내 인권보장을 위해 노력했음을 확인했다. 그럼에도 여러 문제점이 발견되어, 이에 대해 개선을 해당 기관에 요구하였다.

74) 해당 사례에 대한 자세한 사실관계 및 판단에 대해 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2022, 69면.

2) 인정사실 및 판단

국가인권위원회는 육군 제15사단의 구금시설 내 모든 수용자(징계 입창자 포함)에게 절차적으로 거실현황표를 작성하도록 하고 있음을 확인했다. 이 거실현황표는 수용자들의 소속, 성명, 출생년도, 죄명, 입소일 등 개인정보를 포함하고 있음에도 다른 이들에게 노출되어 있었다. 또한 위원회는 해군 인천해역방어사령부에서 수용자에게 가족통지의사확인서 및 징계자서명등록부 등의 연명부를 작성하도록 하여 다음 다른 작성자가 이전 작성자의 개인정보를 쉽게 볼 수 있음을 확인했다. 위 사실에 대해 위원회는 “이는 개인정보 보호원칙에 위배되고, 개인정보자기결정권과 사생활의 비밀 및 자유를 침해하는 사안인바, 조속한 제도적 개선방안을 마련할 필요가 있다.”⁷⁵⁾고 판단했다.

게다가 국가인권위원회는 조사 대상에 해당하는 모든 부대가 구금시설 내 일반접견실을 변호인접견실과 겸용하고 있다는 사실을 확인하였으며 이로써 수용자는 형사절차상 재판받을 권리 및 변호사와의 접견교통권을 침해받을 수밖에 없다고 판단했다. 이에 대해 대상 부대는 2019년 미결수용자가 없거나 소수에 불과하고, 변호인 접견신청이 많지 않으며, 예산 또한 부족함을 이유로 들었다. 그럼에도 국가인권위원회는 「헌법」 제12조 제4항, 「군형집행법」 제73조 및 「형사소송법」 제34조를 근거로 들어 “변호인 접견교통권은 피의자의 방어권 보장을 위해 매우 중요한 권리라는 점을 감안할 때, 이 주장은 받아들이기 어렵다. 따라서 미결수용자가 안정된 환경에서 변호인과 면담할 수 있도록 별도의 변호인접견실”⁷⁶⁾ 마련을 요청했다.

이외 국가인권위원회는 방문조사 시 인격권 및 사생활의 비밀과 자유 보장을 위한 화장실 및 샤워실 시설 개선, 자살 및 자해 방지 등을 위해 시설 내 보호실 설치 및 보호장비 마련, 생명 또는 신체에 중대한 영향을 줄 수 있는 군사경찰 무기 관련 기준의 개선을 요청하였다.

75) 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2022, 71-72면.

76) 국가인권위원회, 앞의 결정례집, 2022, 71면.

2. 소결

수사 및 공판절차 이외 기타 절차상의 인권침해는 미결수나 기결수에 대한 구금 및 형집행절차와 관련 있다. 첫 번째는 2016년 군 영창 정기 방문 조사에서 확인된 인권침해 사례이다. 국가인권위원회는 먼저 미결수용자 접견 시 구체적인 지침과 사전 고지 없이 녹음 및 녹화를 진행한 사실에 대해 개인의 사생활이 보호될 수 있도록 개선할 것을 권고하였다.

두 번째는 2021년 군 교정시설 정기 방문조사에서 확인된 인권침해 사례이다. 이는 미결수용자 서명등록부를 입소 순서에 따라 작성하게 하여 수용자의 개인정보보호원칙 및 개인정보자기결정권과 사생활을 침해한 사실과 관련 있다.

세 번째는 2020년 군 구금시설 정기 방문조사에서 확인된 인권침해 사례이다. 이는 구금시설 내 징계 입장자를 포함하여 모든 수용자에게 절차상 거실현황표를 작성하도록 한 사실과 관련 있다. 이때 그들은 소속, 성명, 출생년도, 죄명 등 구체적인 개인정보를 적시하였다. 또한 다른 사령부에서는 수용자에게 절차상 가족통지의사확인서 및 징계자서명등록부 등을 작성하도록 하여 다음 작성자에게 이전 작성자의 개인정보를 쉽게 노출시켰다. 이에 따라 국가인권위원회는 위와 같은 절차는 개인정보 보호원칙, 개인정보자기결정권과 사생활의 비밀 및 자유에 대한 침해임을 인정했다.

위의 사례는 구금 및 형집행절차상 인권침해와 관련 깊다. 이외 군 사건 관련 다른 절차상 문제점에 대해서도 다수 찾아볼 수 있다. 예를 들어, 징계절차에 있어 피해자에 대한 방어권 침해(2021. 5. 27.자 결정 21진정0114900), 본인 의사에 반한 징계처분 내용 고지(2018. 11. 9. 결정 17진정7621·17진정7622(병합)), 심의위원회 개최 과정에서의 방어권 침해(2019. 9. 17. 결정 18진정0027600·18진정0084200(병합)) 및 징계절차상 적법절차 위반에 따른 진정한 방어권 침해(2021. 8. 19. 결정 21진정0462500) 등과 관련된 인권침해 사례도 존재한다.

제 3 장

공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

군 형사사법개혁을 위한 개정논의

김 유 근

제3장

군 형사사법개혁을 위한 개정논의

제1절 | 2021년까지의 개정논의

1. 군사법원법 개정논의

가. 군 형사사법제도의 개혁논의

군 형사사법제도의 개혁논의는 이미 2004년부터 시작된 것으로 알려져 있다. 즉 이른바 참여정부 때인 2004년 6월 청와대가 군사법원 개혁안을 마련하고 있다는 것이 언론보도를 통해서 알려지게 되는데⁷⁷⁾ 동 개혁안에는 평시 군사법원을 폐지하고 군검찰을 국방부 외청으로 분리하는 한편 군 검사를 민간인으로 구성하거나 일반 검찰과 인사 교류를 하는 방안들이 포함되어 있었다고 한다.⁷⁸⁾

2004년 11월에는 대법원 산하 사법개혁위원회가 군사법제도 개선안을 발표하게 되는데 군사법원과 관련하여 군사법원을 비상시에만 운영하고 평시에는 폐지하는 한편 군검찰은 유지하는 방안을 제시하였다. 그리고 종래 각 군 참모총장이 임명하던 판사와 사단장이 임명하던 검사를 모두 국방부 소속으로 통합하고 국방부장관이 임명하도록 하였다. 이때에도 군판사의 임명에 민간인이 참여하는 군판사인사위원회를 설치할 것을 제안했다. 또한 심판관제도와 관할관의 확인조치권을 폐지할 것을 제시하였다. 그리고 항소심은 민간법원이 담당하도록 하는 방안과 군사법원 재판부에 민

77) 『한국일보』 2004년 6월 17일 보도 “군사법원 폐지 추진/청와대, 군사법개혁안 마련…군선 반발 파장”(https://www.hankookilbo.com/News/Read/200406170041634780; 최종접속일: 2023년 11월 7일).

78) 『한국일보』 2004년 6월 17일 앞의 보도.

간판사가 참여하는 방안, 군 판사 소속을 국방부로 집중시켜 순회 군 판사단을 운영하는 방안들이 제시되었다.⁷⁹⁾

이듬해인 2005년에는 대통령 자문기구 사법제도개혁추진위원회가 군사법원의 독립성 및 공정성 강화를 위하여 평시 보통군사법원을 폐지하고 순회재판소를 1심으로 하는 방안을 제시했다. 그리고 고등군사법원을 국방부에 설치하고 지역군사법원은 5개 지역에 설치하는 한편 전시·사변 특례규정을 두도록 했다. 또한 군판사의 임명·보직을 위하여 민간인이 참여하는 군판사인사위원회를 설치하도록 하였다. 특기할 만한 것은 군사재판에 장병이 참여하는 배심원제의 도입을 제안했던 것이다.⁸⁰⁾ 즉 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」 제정의 근거, 특히 시민들의 일반적 상식과 법 감정의 재판절차에의 반영을 통한 사법에 대한 시민감시와 함께 재판의 민주적 정당성의 확보를 군사재판에도 관철시키려는 노력이라고 평가된다. 그리고 평시 관할관의 확인제도 및 심판관제도는 폐지할 것을 권고했다.⁸¹⁾ 이러한 사법제도개혁추진위원회의 제안은 법률안⁸²⁾으로 발의되었으나 제17대 국회 임기만료로 폐기되었다.

2014년에는 윤일병 폭행 사망사고를 계기로 2014년 8월 6일 국방부 민·관·군 병영문화혁신위원회가 출범하게 되는데 동 위원회는 평시 사단급 이상 부대에 설치된 군사법원을 군단급 부대에 상향 설치하는 한편 심판관제도를 폐지하고 관할관의 확인조치권의 대상 및 요건을 강화하는 방안을 제시했는데⁸³⁾ 동 권고안은 2016년 군사법원법 개정에 상당부분 반영되었다.⁸⁴⁾ 또한 같은 해 국회 군인권개선 및 병영문화

79) 이에 관한 상세한 것은 오윤성, “군 사법제도 개선 방향에 대한 고찰 - 사법개혁위원회 안을 중심으로 -”, 『한국경찰학회보』 제9호(2005.1.), 92면 이하.

80) 사법제도개혁추진위원회, 『사법 선진화를 위한 개혁: 사법제도개혁추진위원회 백서(하)』, 2006. 147면 이하. 또한 법률안으로서 2006년 1월 5일 “장병등의 군사재판 참여에 관한 법률안(정부)”(의안번호: 173753) 참조.

81) 이에 관한 상세한 것은 사법제도개혁추진위원회, 앞의 책, 146면 이하.

82) 2006년 1월 5일 “군사법원법 폐지법률안(정부)”(의안번호: 173751)(임기만료폐기), 2006년 1월 5일 “군형사소송법안(정부)”(의안번호: 173752), 2006년 1월 5일 “장병등의 군사재판 참여에 관한 법률안(정부)”(의안번호: 173753), 2005년 12월 26일 “군사법원의 조직 등에 관한 법률안(정부)”(의안번호: 173677), 2005년 12월 26일 “군검찰의 조직 등에 관한 법률안(정부)”(의안번호: 173678).

83) 국방부 2014년 12월 18일 보도자료 “민·관·군 병영문화혁신위원회 권고안 발표”(https://www.mnd.go.kr/user/newsInUserRecord.action?siteId=mnd&page=1&newsId=I_669&newsSeq=I_8138&command=view&id=mnd_020500000000&findStartDate=&findEndDate=&findType=title&findWord=%EB%B3%91%EC%98%81%EB%AC%B8%ED%99%94&findOrganSeq=; 최종접속일: 2023년 11월 7일).

혁신 특별위원회가 군사법원의 폐지와 관할관제도 및 심판관제도의 폐지안을 권고하기도 했다.⁸⁵⁾

그 후 2016년 「군사법원법」의 대대적인 개정⁸⁶⁾에 의하여 사단급 부대에 설치되던 보통군사법원이 군단급에 설치되고 국방부 소속으로 군검찰단이 설치되었다. 그리고 심판관제도를 원칙적으로 폐지하고 다만 관할관이 지정하는 사건에 한정하여 운영하고 관할관의 형량감경권도 제한하게 된다.

2017년 국회헌법개정특별위원회 자문위원회는 평시 군사법원을 폐지하고 전시 또는 비상계엄이 선포된 때에만 군사법원을 설치할 수 있도록 하고⁸⁷⁾ 고등군사법원의 민간 이양을 제시한 바 있으며⁸⁸⁾ 비상계엄 하에서의 군사재판의 단심규정의 폐지방안을 제시하였다.⁸⁹⁾ 2018년에는 비상계엄 선포 시 또는 국외파병 시에만 군사법원을 설치하도록 하는 개헌안을 제시한 바 있다.⁹⁰⁾

나. 국방개혁 2.0

그 밖에 2018년 2월 12일 국방부는 자체적으로 군 사법제도 개혁방안을 제시하기도 했는데 이것이 바로 “국방개혁 2.0”이다.

“국방개혁 2.0”은 당시 계속되는 군인 등 사망사건과 수사의 은폐·자작 그리고 군고위직의 비리사건에 대한 감싸기식 수사와 재판과정으로 인하여 군 사법제도의 폐쇄성과 불공정성에 대한 비판이 거세게 제기되자 2018년 정부가 발표한 군 사법개혁안이다.⁹¹⁾ 이 개혁안은 의원발의로 법률안⁹²⁾으로 구체화되기도 했으나 동 법률안은

84) 백상준, “군 사법제도 개선논의 및 향후과제”, 『NARS 현안분석』 제113호, 국회입법조사처, 2020.1.17., 5면.

85) 백상준, 앞의 보고서, 5면.

86) 법률 제13722호, 2016.1.6. 일부개정, 2017.7.7. 시행.

87) 국회 헌법개정 자문위원회, 『활동결과보고서 I』, 대한민국 국회, 2014, 52면, 114면 이하.

88) 백상준, 앞의 보고서, 5면.

89) 국회 헌법개정 자문위원회, 앞의 보고서, 52면, 206면 이하.

90) 백상준, 앞의 보고서, 5면.

91) 이에 관한 상세한 것은 『법률신문』, 2018년 2월 12일 보도 “고등군사법원 폐지… 군사재판 항소심 서울고법으로”(https://www.lawtimes.co.kr/news/140305; 최종접속일: 2023년 11월 7일); 정정균·박철·박상재, “군 사법제도 개혁에 관한 고찰 : 국방개혁 2.0을 중심으로”, 『한국융합보안학회』, 114면 이하.

임기만료로 인하여 폐기되어 관철되지는 못했다.

그런데 2021년 군 사법개혁은 그 기본원칙 및 구체적인 개혁안에서 국방개혁 2.0의 개혁안의 많은 부분들이 수용되었음을 알 수 있다. 당시 국방개혁 2.0의 군 사법개혁안의 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다.⁹³⁾

우선 군사법원의 설치 및 운영과 관련하여 종래 군단급에 설치되었던 보통군사법원을 국방부 소속 5개 지역 군사법원으로 일원화하고 원격지 등의 경우에는 순회재판과 지역 군사법원 관할구 내 영장담당 군판사를 운영하도록 하였다.⁹⁴⁾ 그리고 이들 군사법원에 대해서는 통일된 양형기준이 적용되도록 하는 한편 군사재판의 공정성과 독립성을 담보하기 위하여 5개 지역 군사법원장은 외부 민간법조인에서 임명하도록 하였다.⁹⁵⁾ 또한 고등군사법원을 폐지하고 군사재판의 항소심을 민간 고등법원으로 이관하도록 하고 다만 항소심에서의 공소유지는 군검찰이 계속 담당하도록 하였다.⁹⁶⁾

그리고 평시에는 관할관의 판결의 확인조치권을 폐지하는 한편 심판관제도를 폐지하고 전시에만 운영하도록 하였다.⁹⁷⁾

군판사의 신분보장과 지휘관 및 상급자로부터의 독립성을 확보하기 위하여 법무장관이나 군검사 등 다른 직역과의 보직순환을 금지하는⁹⁸⁾ 한편 군판사의 임기·연임·정년을 법률에 규정하고⁹⁹⁾ 군판사의 전문성은 5년마다 군판사인사위원회에서의 재임용심

92) 예컨대 2018년 10월 04일 「군사법원법 폐지법률안(송기현의원 등 10인)」(의안번호: 2015852); 2018년 10월 04일 「군사법원의 조직 등에 관한 법률안(송기현의원 등 10인)」(의안번호: 2015859); 2018년 10월 04일 「군검찰의 조직 등에 관한 법률안(송기현의원 등 10인)」(의안번호: 2015853); 2018년 10월 04일 「군형사소송법안(송기현의원 등 10인)」(의안번호: 2015871).

93) 국방개혁 2.0 군 사법개혁안의 주요 내용은 『법률신문』, 2018년 10월 5일 보도 “고등군사법원·심판관 폐지… 군사법 제도 대대적 개혁”(https://www.lawtimes.co.kr/news/147124; 최종접속일: 2023년 10월 20일); 『KTV 국민방송』 2018년 8월 22일 보도 “국방개혁 2.0…군 사법개혁안 발표 [오늘의 브리핑]”(https://www.ktv.go.kr/content/view?content_id=559479; 최종접속일: 2023년 10월 20일); 정정균·박철·박상재, 앞의 논문, 116면 이하에 소개된 것을 참고한 것이다.

94) 『법률신문』, 앞의 보도; 『KTV 국민방송』, 앞의 보도; 정정균·박철·박상재, 앞의 논문, 116면.

95) 『법률신문』, 앞의 보도; 『KTV 국민방송』, 앞의 보도; 정정균·박철·박상재, 앞의 논문, 116면. 2018년 10월 04일 「군사법원의 조직 등에 관한 법률안(송기현의원 등 10인)」(의안번호: 2015859) 제15조 및 제21조.

96) 정정균·박철·박상재, 앞의 논문, 116면.

97) 『법률신문』, 앞의 보도; 『KTV 국민방송』, 앞의 보도; 정정균·박철·박상재, 앞의 논문, 116면 이하.

98) 2018년 10월 04일 「군사법원의 조직 등에 관한 법률안(송기현의원 등 10인)」(의안번호: 2015859) 제23조 제5항.

사를 통하여 심사하도록 하였다.¹⁰⁰⁾ 또한 군판사와 군검사 간의 보직순환과 관련하여 군은 2011년부터 판사 또는 군 검사직을 마친 후 1년이 경과한 경우에만 판사 및 검사로 임명하는 방식으로 제도를 개선하였으나 이번 국방개혁 2.0의 개혁안은 군판사와 군검사의 보직순환을 원천 봉쇄함으로써 재판의 공정성과 신뢰성을 제고하려고 한 것이라고 평가되고 있다.¹⁰¹⁾

군검찰과 관련해서는 종래 사단급 부대에 설치되어 있던 보통검찰부를 국방부검찰단과 각 군 참모총장 직속의 검찰단으로 통합하는 한편 참모총장이 군검찰에 대해서는 일반적 지휘감독권만을 행사할 수 있도록 하고 구체적인 지휘·감독권은 소속 검찰단장에게만 행사하도록 하였다.¹⁰²⁾ 그리고 군검사가 구체적인 사건과 관련한 지휘감독에 대하여 그 적법성 또는 정당성 여부에 이견이 있는 경우 이의를 제기할 수 있도록 군검사의 이의제기권을 신설하는 방안이 마련되었다.¹⁰³⁾

또한 평시에 지휘관의 구속영장청구 승인권을 폐지할 것을 계획하였고¹⁰⁴⁾ 피해자 국선변호인제도의 도입을 적극 추진하도록 하였다.¹⁰⁵⁾

이상의 내용을 살펴볼 때 대부분의 추진과제들은 2021년 「군사법원법」 개정에 이미 반영되었다고 볼 수 있다. 특히 평시 보통군사법원을 폐지한 것은 동일하지만 2021년 「군사법원법」 개정에서는 성폭력범죄, 군인 등의 사망의 원인이 범죄인 경우 그리고 군인 등의 신분을 취득하기 전의 범죄에 대해서는 일반법원이 재판권을 가지도록 개정된 것, 군검사 및 군사법경찰관과 검사 및 사법경찰관 간의 협력의무를 명시한 것 그리고 국방개혁 2.0에서는 평시 지휘관의 구속영장청구 승인권의 폐지만을 계획하였으나 2021년 「군사법원법」 개정에서는 평시와 전시를 불문하고 지휘관의

99) 2018년 10월 04일 「군사법원의 조직 등에 관한 법률안(송기현의원 등 10인)」(의안번호: 2015859) 제23조 및 제24조.

100) 정정균·박철·박상재, 앞의 논문, 116면 이하; 『법률신문』, 앞의 보도.

101) 정정균·박철·박상재, 앞의 논문, 117면.

102) 『KTV 국민방송』, 앞의 보도.

103) 2018년 10월 04일 「군검찰의 조직 등에 관한 법률안(송기현의원 등 10인)」(의안번호: 2015853) 제6조; 『법률신문』, 앞의 보도.

104) 2018년 10월 04일 「군형사소송법안(송기현의원 등 10인)」(의안번호: 2015871) 제590조; 『법률신문』, 앞의 보도.

105) 2018년 10월 04일 「군형사소송법안(송기현의원 등 10인)」(의안번호: 2015871) 제249조; 『법률신문』, 앞의 보도; 『KTV 국민방송』, 앞의 보도.

구속영장청구 승인권을 폐지한 것은 국방개혁 2.0보다 진일보한 것이라고 평가된다. 그러나 군사법원장을 민간법조인으로부터 임명하도록 하지 않은 점은 국방개혁 2.0을 반영하지 못한 것으로서 군사법원에 대한 민간통제의 이념이 관철되지 못했다고 평가될 수 있다.

다. 입법적 시도

2021년 「군사법원법」 개정 이전까지의 군사제도 개선을 위한 주요 법률안들이 많이 발견된다. 아래의 표는 이들 주요 법률안들을 정리한 것이다.

▶▶▶ [표 1] 2021년 「군사법원법」 개정 전까지의 주요 법률안

법률안	주요 내용
2021년 07월 16일 「군사법원법 일부개정 법률안(소병철의원 등 10인)」(의안번호: 2111542)	군사법원의 재판권을 전시·사변 또는 이에 준하는 국가 비상사태가 발생하거나 국방부장관의 요청이 있는 경우로 한정
2021년 07월 08일 「군사법원법 일부개정 법률안(김미애의원등 11인)」(의안번호: 2111401)	성범죄를 민간법원으로
2021년 07월 01일 「군사법원법 일부개정 법률안(김진표의원등 12인)」(의안번호: 2111246)	군사법원의 재판권을 균형법상 반란, 이적, 군무 이탈, 항명, 군용시설 및 군용물 손괴, 군사기밀 누설, 정치 관여 등 군사 범죄로 한정, 심판관제도 폐지, 균형법상 강간과 추행, 가혹행위 등과 형법에 규정된 범죄 등 비군사 범죄를 인지한 경우 해당 사건을 민간 경찰로 바로 이첩
2021년 06월 18일 「군사법원법 일부개정 법률안(박주민의원등 17인)」(의안번호: 2110879)	군수사심의위원회를 설치, 성범죄를 민간법원으로, 군사법원에 성폭력범죄 전담재판부 설치 등
2021년 06월 14일 「군사법원법 일부개정 법률안(이수진의원등 29인)」(의안번호: 2110786)	군수사심의위원회를 설치, 성범죄를 민간법원으로, 군사법원에 성폭력범죄 전담재판부 설치, 전담수사제 등
2021년 06월 09일 「군사법원법 일부개정 법률안(권은희의원 등 10인)」(의안번호: 2110728)	전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 시로 군사법원의 재판권 축소
2021년 03월 30일 「군사법원법 일부개정 법률안(민홍철의원 등 17인)」(의안번호: 2109205)	평시 항소심을 민간법원으로 이관

법률안	주요 내용
2020년 09월 17일 「군사법원법 일부개정 법률안(송기현의원 등 10인)」(의안번호: 2103973)	평시 항소심을 민간법원으로, 국방부장관 소속 검찰단 설치, 평시 심판관, 관할관 제도 폐지, 구속영장승인제도 폐지, 전시 등 특례
2020년 08월 18일 「군사법원법 일부개정 법률안(민홍철의원 등 10인)」(의안번호: 2103016)	국방부 소속 군검찰단 설치
2020년 07월 03일 「군사법원법 일부개정 법률안(정부)」(의안번호: 2101436)	국방부장관 소속으로 군사법원, 평시 항소심을 민간법원으로, 군사법원장을 민간 법조인으로부터 임명, 국방부장관 소속 검찰단, 평시 관할관 및 심판관 제도 설치, 국방부장관, 각 군 참모총장 소속 검찰단 설치 및 구체적 지휘권 행사 제한, 군검사와 군사법경찰관의 협조 의무 명시, 부대의 장의 구속영장 청구 승인권 폐지
2019년 06월 04일 「군사법원법 일부개정 법률안(민홍철의원 등 10인)」(의안번호: 2020807)	국방부검찰단장을 장성급 장교로만 임명하도록 함으로써 군내 수사기관의 견제와 균형 추구
2019년 05월 01일 「군사법원법 일부개정 법률안(정부)」(의안번호: 2020114)	국방부장관 소속으로 군사법원, 평시 항소심을 민간법원으로, 군사법원장을 민간 법조인으로부터 임명, 국방부장관 소속 검찰단, 평시 관할관 및 심판관 제도 설치, 국방부장관, 각 군 참모총장 소속 검찰단 설치 및 구체적 지휘권 행사 제한, 군검사와 군사법경찰관의 협조 의무 명시, 부대의 장의 구속영장 청구 승인권 폐지
2018년 02월 27일 「군사법원법 일부개정 법률안(권은희의원 등 10인)」(의안번호: 2012176)	전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 시에 군인이 범한 죄에 대하여만 재판권을 가지도록 군사법원의 재판권을 축소
2015년 06월 30일 「군사법원법 일부개정 법률안(정부)」(의안번호: 1915862)	평시 지역군사법원으로 개편, 심판관제도 폐지, 국방부소속 검찰단, 관할관 확인조치권 삭제, 전시특례
2015년 06월 19일 「군사법원법 전부개정 법률안(전해철의원 등 10인)」(의안번호: 1915660)	평시 지역군사법원으로 개편, 심판관제도 폐지, 국방부소속 검찰단, 관할관 확인조치권 삭제, 검찰항고제도, 전시특례
2014년 09월 23일 「군사법원법 일부개정 법률안(김광진의원 등 12인)」(의안번호: 1911819)	심판관제도 폐지
2014년 08월 20일 「군사법원법 일부개정 법률안(김광진의원 등 10인)」(의안번호: 1911425)	「군형법」에 규정된 죄에 대하여만 재판권을 가지도록 군사법원의 재판권을 축소
2014년 08월 07일 「군사법원법 일부개정 법률안(이춘석의원 등 11인)」(의안번호: 1911339)	군형사법원법으로 개정, 관할관, 심사관제도 폐지, 민간법원으로서 보통군사법원과 고등군사법원 신설(「법원조직법 일부개정법률안」(의안번호 제11338호)에 따라)

법률안	주요 내용
2014년 03월 13일 「군사법원법 일부개정 법률안(김광진의원 등 12인)」(의안번호: 1909699)	관할관 확인조치권 행사시 이유 명시
2013년 09월 13일 「군사법원법 일부개정 법률안(정청래의원 등 10인)」(의안번호: 1906834)	심판관제도 폐지
2009년 02월 11일 「군사법원법 일부개정 법률안(최영희의원등 10인)」(의안번호: 1803784)	성폭력범죄에 대한 관할관의 확인조치권 제한
2006년 11월 10일 「군사법원법 일부개정 법률안(주성영의원 외 9인)」(의안번호: 175326)	평시 군사법원 및 군검찰 기능을 일반 법원 및 검찰로 통합
2006년 02월 06일 「군사법원법 일부개정 법률안(박세환의원등 10인)」(의안번호: 173861)	관할관의 형감경 시 1/2을 초과하지 못하도록 함.
2000년 11월 06일 「군사법원법중개정법률안(정부)」(의안번호: 160268)	군법무관외에 변호사의 자격이 있는 공무원중에서도 군 판사를 임명

이들 법률안들을 살펴보면 군사법원의 재판권을 제한하려는 법률안들을 많이 찾아 볼 수 있다. 즉 군사법원의 재판권을 전시·사변 또는 이에 준하는 비상사태에 제한함으로써 평시 군사법원을 폐지하려는 방안을 제시한 것으로는 2014년 08월 07일 「군사법원법 일부개정법률안(이춘석의원 등 11인)」(의안번호: 1911339), 2018년 02월 27일 「군사법원법 일부개정법률안(권은희의원 등 10인)」(의안번호: 2012176), 2021년 06월 09일 「군사법원법 일부개정법률안(권은희의원 등 10인)」(의안번호: 2110728) 그리고 2021년 07월 16일 「군사법원법 일부개정법률안(소병철의원 등 10인)」(의안번호: 2111542) 등을 들 수 있다. 또한 군사재판의 항소심을 고등법원에 이관하도록 한 것으로는 2019년 05월 01일 「군사법원법 일부개정법률안(정부)」(의안번호: 2020114)과 2020년 07월 03일 「군사법원법 일부개정법률안(정부)」(의안번호: 2101436)을 들 수 있다.

그리고 관할관제도와 심판관제도를 폐지하는 것을 내용으로 하는 법률안으로는 2014년 08월 07일 「군사법원법 일부개정법률안(이춘석의원 등 11인)」(의안번호: 1911339), 2015년 06월 19일 「군사법원법 전부개정법률안(전해철의원 등 10인)」(의안번호: 20150619)

호: 1915660), 2015년 06월 30일 「군사법원법 일부개정법률안(정부)」(의안번호: 1915862), 2019년 05월 01일 「군사법원법 일부개정법률안(정부)」(의안번호: 2020114) 그리고 2020년 07월 03일 「군사법원법 일부개정법률안(정부)」(의안번호: 2101436) 등을 들 수 있다.

그 밖에도 군사법원의 관할범죄를 한정하려는 법률안도 찾아 볼 수 있는데 예컨대 군인범죄를 제한적으로 해석하여 엄격한 의미에서의 군사범죄에 한정하려고 하거나¹⁰⁶⁾ 또는 성폭력범죄의 재판권을 민간법원이 가지도록 하는 법률안들¹⁰⁷⁾이 발의되기도 했다.

그런데 평시 군사법원의 폐지와 관련해서는 입법적 시도로는 「군사법원법」으로 전부개정된 이후 총 네 차례에 걸쳐 「군사법원법」을 폐지하고 “군사법원의 조직 등에 관한 법률”, “군검찰의 조직 등에 관한 법률” 및 “군사형사소송법”으로 대체하려는 입법적 시도가 있었는데 그 중에서도 특기할 만한 것은 2006년 1월 5일 “군사법원법 폐지법률안”(의안번호: 173751)과 이에 상응하는 관련 법률안들은 정부가 발의한 것이었다는 점이다.

현재까지 발의된 평시 군사법원 폐지법률안과 관련 법률안들을 정리하면 아래의 표와 같다.

▶▶▶ [표 2] 「군사법원법」 폐지 및 관련 법률안 개관

번호	군사법원 폐지 법률안	발의	관련 법률안
1	2004년 12월 2일 “군사법원법폐지법률안(최재천의원등 13인)”(의안번호: 171033)(임기만료폐기)	의원	2004년 11월 30일 “군형사소송법안(최재천의원등 13인)”(의안번호: 171000) 2004년 12월 2일 “군사법원의조직등에관한법률안(최재천의원등 13인)”(의안번호: 171034) 2004년 11월 30일 “군검찰의조직등에관한법률안(최재천의원등 13인)”(의안번호: 170999)

106) 예컨대 2014년 08월 20일 「군사법원법 일부개정법률안(김광진의원 등 10인)」(의안번호: 1911425), 2018년 02월 27일 「군사법원법 일부개정법률안(권은희의원 등 10인)」(의안번호: 2012176), 2021년 07월 01일 「군사법원법 일부개정법률안(김진표의원 등 12인)」(의안번호: 2111246).

107) 예컨대 2021년 06월 14일 「군사법원법 일부개정법률안(이수진의원 등 29인)」(의안번호: 2110786), 2021년 06월 18일 「군사법원법 일부개정법률안(박주민의의원 등 17인)」(의안번호: 2110879).

번호	군사법원 폐지 법률안	발의	관련 법률안
2	2006년 1월 5일 “군사법원법 폐지법률안(정부)”(의안번호: 173751)(임기만료폐기)	정부	2006년 1월 5일 “군형사소송법안(정부)”(의안번호: 173752) 20226년 1월 5일 “장병등의 군사재판 참여에 관한 법률안(정부)”(의안번호: 173753) 2005년 12월 26일 “군사법원의 조직 등에 관한 법률안(정부)”(의안번호: 173677) 2005년 12월 26일 “군검찰의 조직 등에 관한 법률안(정부)”(의안번호: 173678)
3	2014년 8월 13일 “군사법원법 폐지법률안(이상민의원 등 13인)”(의안번호: 1911388)(대안반영폐기)	의원	2014년 8월 27일 “군형사소송법안(전해철의원 등 10인)”(의안번호: 1911487) 2014년 8월 13일 “군사법원의 조직 등에 관한 법률안(이상민의원 등 13인)”(의안번호: 1911386) 2014년 8월 13일 “군검찰의 조직 등에 관한 법률안(이상민의원 등 13인)”(의안번호: 1911387)
4	2018년 10월 4일 “군사법원법 폐지법률안(송기현의원 등 10인)”(의안번호: 2015852)(임기만료폐기)	의원	2018년 10월 4일 “군형사소송법안(송기현의원 등 10인)”(의안번호: 2015871) 2018년 10월 4일 “군사법원의 조직 등에 관한 법률안(송기현의원 등 10인)”(의안번호: 2015859) 2018년 10월 4일 “군검찰의 조직 등에 관한 법률안(송기현의원 등 10인)”(의안번호: 2015853)

2. 군 형사사법절차의 일반 형사사법절차로의 접근

이상과 같이 평시 군사법원이나 관할관 또는 심판관제도의 폐지 등에 관한 문제 외에도 「군사법원법」은 「(구)군법회의법」 이래로 일반 「형사소송법」에 접근하려는 시도를 많이 해왔던 것이 사실이다. 즉 군 형사소송절차에서도 일반 형사소송절차에서의 적법절차의 원리를 반영해 왔다는 점에서 이것을 군 사법절차의 일반 사법절차로의 접근이라고 말할 수 있을 것이다.

아래의 표는 연대별로 군사법원법이 어떻게 일반 「형사소송법」으로 접근해 갔는지를 정리한 것이다. 군사법원법에 기재된 연도와 일시는 「형사소송법」의 개정 연도와 시기에 맞추어 재배열한 것이다.

▶▶▶ [표 3] 「형사소송법」과 「군사법원법」의 주요 개정에 따른 피의자·피고인·피해자 등의 권리보장의 비교*

「형사소송법」	「군사법원법」**	참고
<p>1973.1.25. ① 군법회의이송규정의 신설, ② 보석·구속취소·구속집행정지에 대한 검사의 즉시항고 신설, ③ 현행범 체포 후 구속영장 발부절차 신설, ④ 긴급구속의 요건 완화, ⑤ 석방된 피의자에 대하여 새로운 중요한 증거가 발견된 때에는 재구속할 수 있도록 함, ⑥ 구속적부심사의 폐지, ⑦ 검사의 증인신문청구 신설, ⑧ 감정유치의 보완, ⑨ 재정신청의 제한</p> <p>⑪ 보석허가결정에 대하여 검사가 항고할 수 없도록 되어 있던 것을 보석허가 결정 및 구속취소결정에 대한 검사의 즉시항고제도 도입(제97조제3항)</p> <p>※ 헌법재판소의 위헌결정에 따라 1995.12.29. 보석허가결정에 대한 즉시항고를 삭제(구속취소결정에 대한 검사의 즉시항고는 존치)</p> <p>⑫ 구속영장 재청구 시의 제한(제201조제4항 신설)</p> <p>⑬ 간이공판절차의 신설(제286조의2)</p>	<p>1973.2.17. (구)군법회의법 「형사소송법」의 개정내용을 반영(①~⑩)</p> <p>⑪ 보석허가결정에 대한 즉시항고제도 도입(제137조제3항)(그러나 구속취소결정에 대한 검사의 즉시항고제도 미도입)</p> <p>※ 1999.12.28. 보석허가결정에 대한 검사의 즉시항고 삭제, 그러나 구속취소결정에 대한 검사의 즉시항고제도는 도입되지 않음. 2008.1.18. 구속취소결정에 대한 검사의 즉시항고 신설</p> <p>⑫ 1987.12.4.에 「형사소송법」 제201조제4항 반영(제238조제6항)</p> <p>⑬ 없음.</p>	<p>비상국무회의에서 의결</p> <p>헌 법 재 판 소 1993.12.23. 93헌가2 전원재판부 위헌결정에 따른 개정</p>
<p>1980.12.18. ① 구속적부심사 제한적 부활</p> <p>② 피고인의 무죄추정의 원칙 명문화(제275조의2(피고인의 무죄추정))</p>	<p>1981.4.17. ① 「형사소송법」 제214조의2(구속의 적부심사) 반영하여 구속적부심사제 부활</p> <p>② 「형사소송법」 제275조의2(피고인의 무죄추정) 도입</p> <p>③ 심리의 공개제도 도입(「(구)군법회의법」 제67조)(군사기밀보호 등 예외)(법원조직법 제57조)</p>	<p>종래 「(구)법원조직법」 제53조는 공판을 공개하도록 규정하고 있었으나 1987.12.4. 전면개정으로 심리와 판결 모두 공개하도록 규정함.</p>

70 공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

「형사소송법」	「군사법원법」**	참고
	<p>④ 긴급구속의 요건을 금고 이상에서 사형, 무기 또는 장기 3년 이상으로 요건 강화(「(구)군법회의법」 제242조제1항조). ※ 「(구)형사소송법」 제206조(긴급구속) 반영</p> <p>⑤ 형의 집행이 면제된 경우에 구속영장의 효력을 실효(「(구)군법회의법」 제378조)</p> <p>⑥ 상고이유에 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역 또는 금고의 형을 선고받은 경우를 추가(「(구)군법회의법」 제432조 제7항)(「형사소송법」 제383조 반영)</p> <p>⑦ 비약상고 사유 확대(「(구)군법회의법」 제433조)-「형사소송법」 제372조(비약적상고) 반영</p>	<p>「형사소송법」의 구속영장의 실효사유에는 형의 집행이 면제된 경우는 없음.</p>
<p>1987.11.28.</p> <p>① 구속적부심사청구에 대한 제한(“구속영장의 발부가 법률에 위반하거나 구속후 중대한 사정변경이 있어 구속을 계속할 필요가 없는 때”) 삭제(제214조의2제1항) 구속적부심사청구에서 국가보안법, 반공법 위반, 사형·무기 또는 단기 5년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄에 대한 제한 삭제(제214조의2제1항 후단)</p> <p>② 형사피해자의 진술권 보장 신설(제294조의2(피해자등의 진술권))</p> <p>③ 피해자의 증인신문 요청권(제161조의2제4항)</p> <p>④ 체포·구속된 자가 고지받을 사항과 그 가족 등이 통지받을 사항에 체포 또는 구속의 이유 추가(제72조, 제87조, 제213조의2),</p> <p>⑤ 변호인 선임의뢰권을 현행법체포의 경우에도 인정(제213조의2(준용규정))</p>	<p>1987.12.4.</p> <p>① 「형사소송법」 제214조의2 반영(제252조)</p> <p>② 「형사소송법」 제294조의2(피해자등의 진술권) 반영(제338조)</p> <p>③ 「형사소송법」 제161조의2제4항 반영(제202조)</p> <p>④ 「형사소송법」 제72조 등 반영(제112조, 제127조, 제232조의6)</p> <p>⑤ 「형사소송법」 제213조의2(준용규정) 반영(제250조)</p> <p>⑥ 증인 등에 대하여 과태료 등을 명한 재판에 대하여 취소 또는 변경의 청구가 있는 때에는 그 재판의 집행을 정지하도록 하는 「형사소송법」 제4항 반영(제465조제4항)</p> <p>⑦ 재심사유에 저작권 등 침해죄로 유죄를 받은 사건에서 그 권리에 관한 무효의 심결 또는 무효의 판결이 확정된 때를 추가(제469조제6호, 「형사소송법」 제420조제6호 반영)</p>	<p>「군사법원법」으로의 전부개정은 1987.10.29. 헌법개정에 따른 것임(1987.10.31. “군법회의법개정법률안”(정부)(의안번호: 120592)).</p>

「형사소송법」	「군사법원법」**	참고
	<p>1994.1.5.</p> <p>① 구속영장 발부권자를 관할관에서 군 판사로 변경.</p> <p>② 이와 동시에 군검찰관이 구속영장을 청구할 때에는 소속부대의 장의 승인을 요구(제115조, 제123조 제2항, 제238조, 제241조부터 제244조까지)(구속영장에 대한 소속 부대의 장의 승인제도는 2020.6.9.에야 폐지)</p>	
<p>1995.12.29.</p> <p>구속제도 개선</p> <p>① 체포영장제도 및 체포적부심사제도 도입(제214조의2 등)</p> <p>② 구속전피의자심문제도(임의적) 신설(제201조의2)(2007.6.1.에야 필요적으로 개정)</p> <p>※ 1997.12.13. 구속전피의자심문이 신청주의로 전환</p> <p>③ 헌법재판소의 위헌결정에 따라 무죄가 선고되어도 10년 이상의 구형 시에는 구속영장의 효력을 유지하도록 한 규정 삭제(제331조(무죄등 선고와 구속영장의 효력) 단서 삭제)</p> <p>④ 구속 시 구속이유와 함께 범죄사실의 요지를 통지하도록 함(제87조)</p> <p>⑤ 체포구속적부심사 시 보증금납입조건부 피의자석방제도 신설(제214조의2제4항)</p> <p>보석제도 개편</p> <p>① 보석결정에서의 피해자와 증인에 대한 보호규정 신설(제95조제6호 신설, 제102조 개정)</p> <p>② 보석허가결정에 대한 검사의 즉시항고 삭제(제97조제3항)(구속취소결정에 대한 검사의 즉시항고 존치)</p> <p>인권보장</p> <p>① 검사의 구속장소 감찰 강화(제198조의2)-불법체포·구금이 의심스러울 때 즉시 석방하거나 검찰에 송치 요구</p>	<p>1999.12.28.</p> <p>구속제도 개선</p> <p>① 체포영장제도 및 체포적부심사제도 도입에 따른 개정</p> <p>② 구속전피의자심문제도(임의적, 신청주의) 신설((구)제232조의5(현행 제232조의6), 제238조의2 신설)(2008.1.17. 필요적으로 개정)</p> <p>③ 「형사소송법」 제331조 제2항의 삭제를 반영(제388조 단서 삭제)</p> <p>④ 「형사소송법」 제87조 반영(제127조 제1항)</p> <p>⑤ 「형사소송법」 제214조의2제4항 반영(제252조제4항)</p> <p>보석제도 개편</p> <p>① 「형사소송법」 제95조, 제102조 반영(제135조제6호, 제142조제4호)</p> <p>② 보석허가결정에 대한 검사의 즉시항고 삭제(제137조제3항)(그러나 구속취소결정에 대한 검사의 즉시항고제도는 미도입)</p> <p>※ 2008.1.17. 구속취소결정에 대한 검사의 즉시항고 신설</p> <p>인권보장</p> <p>① 「형사소송법」 제198조의2 반영(230조)</p>	<p>1995.12.29. 「형사소송법」 개정내용 반영</p> <p>헌 법 재 판 소 1992.12.24. 92헌가8 전원재판부 위헌결정에 따른 개정.</p> <p>헌 법 재 판 소 1993.12.23. 93헌가2 전원재판부 위헌결정에 따른 개정.</p>

72 공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

「형사소송법」	「군사법원법」**	참고
<p>② 피고인에 대한 증거서류 열람·등사권 인정(제292조제2항)</p> <p>③ 피고인의 공판조서 열람권 도입(제55조제1항)(종전에는 변호인이 없는 때에만 허용)</p> <p>④ 항소가 제기된 경우 소송기록을 검사·항소법원에 송부하도록 한 것이 신속한 재판을 받을 권리를 침해한다는 헌법재판소 위험결정에 따라 원심법원이 직접 소송기록을 송부하도록 변경(제361조)</p>	<p>② 「형사소송법」 제292조제2항 반영(제347조제3항)</p> <p>③ 「형사소송법」 제55조 반영(제88조의2 신설)</p> <p>⑤ 1999.12.28. 개정(제418조)</p>	<p>헌 법 재 판 소 1995.11.30. 92헌마44 전원재판부</p>
<p>1997.12.13. 구속전피의자심문제도를 더욱 제한</p> <p>① 구속전피의자심문제도를 신청주의로 개정함으로써 제한(제201조의2제1항)</p> <p>② 피의자에 대한 심문신청권 고지(제2항)</p> <p>③ 구속전피의자심문 소요기간을 구속기간에 산입하지 않도록 함(제8항)</p>	<p>1999.12.28. 구속피의자심문제도를 도입하면서 「형사소송법」 제201조의2 반영(제238조의2)</p> <p>① 제238조의2제1항</p> <p>② 제238조의2제2항</p> <p>③ 제238조의2제7항</p>	
<p>2004.10.16. ① 적부심사 청구 후 검사가 공소제기(전격기소)한 경우에도 법원은 적부심사를 할 수 있도록 함(제214조의2제4항 후단)</p> <p>② 상소제기기간 중의 판결확정 전 구금일수를 본형에 산입(제482조제2항)</p>	<p>2008.1.17. ① 「형사소송법」 제214조의2제4항 후단 반영(제252조제4항 후단)</p> <p>② 「형사소송법」 제482조제2항 반영(제524조제2항)</p>	<p>이른바 전격기소를 가능하게 했던 형사소송법 제214조의2제1항에 대한 헌법재판소의 불합치결정(헌법재판소 2004.3.25. 2002헌바104 전원재판부)에 따른 「형사소송법」 개정</p> <p>「형사소송법」 제482조는 헌법재판소 2009.12.29. 2008헌가13, 2009헌가5(병합) 전원재판부의 헌법불합치결정에 따라 2015.7.31. 다시 전문개정. 「군사법원법」 제524조는 2020.6.9.에 전문개정</p>

74 공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

「형사소송법」	「군사법원법」**	참고
<p>⑦ 필요적 구속전피의자심문(제201조의2)</p> <p>⑧ 체포·구속적부심사의 대상을 모든 유형의 체포·구속된 자로 확대(제214조의2(체포와 구속의 적부심사))</p> <p>기타 강제처분</p> <p>① 영장없는 압수·수색·검증할 수 있는 시한을 체포한 때부터 24시간으로 축소(필요시 사후 영장)(제217조(영장에 의하지 아니하는 강제처분) 개정)</p> <p>② 긴급체포시의 압수·수색·검증의 요건으로 긴급성 요구(제217조)</p> <p>보석제도 개편</p> <p>① 보석청구권자 확대(제94조)</p> <p>② 제97조부터 제104조의2 개정</p> <p>재정신청</p> <p>① 대상범죄를 모든 범죄로 확대(제260조제1항)</p> <p>② 신청인을 고소인으로 제한(제1항)</p> <p>③ 검찰항고 전치주의 도입(제2항)</p> <p>④ 재정법원의 공소제기명령이 있는 때에는 공소제기의무(과거의 지정(공공) 변호사제도 폐지하고 검사로 하여금 공소제기), 부심판결정제도폐지(제262조제6항 신설)</p> <p>공판중심주의 강화</p> <p>① 공판준비절차와 증거개시제도 도입,</p> <p>② 집중심리 및 즉일선고의 원칙과 구두변론주의 천명,</p>	<p>⑦ 필요적 구속전피의자심문(제238조의2)</p> <p>⑧ 「형사소송법」 제214조의2(체포와 구속의 적부심사) 반영(제252조)</p> <p>기타 강제처분</p> <p>① 「형사소송법」 제217조 반영(제256조)</p> <p>② 2009.12.29. 「형사소송법」 제217조 반영(제256조)</p> <p>보석제도 개편</p> <p>① 「형사소송법」 제94조 반영(제134조)</p> <p>② 「형사소송법」 제97조부터 제104조의2 반영(제137조부터 제140조)</p> <p>재정신청</p> <p>① 「(구)군법회의법」 제정 시부터 대상범죄는 모든 범죄(현행 제301조).</p> <p>② 현재까지 고소 또는 고발인 모두(제301조)</p> <p>③ ,현재까지 검찰항고 전치주의 없음.</p> <p>④ 2007.6.1. 「형사소송법」상 부심판 결정제도폐지에 상응하여 제306조(공소의 유지와 지정군법무관) 삭제</p> <p>공판중심주의 강화</p> <p>① 「형사소송법」의 개정내용 반영 제309조의3(공소제기 후 군검사가 보관하고 있는 서류 등의 열람·복사), 제309조의4(군사법원의 열람·복사 등에 관한 결정), 제309조의11(피고인이나 변호인이 보관하고 있는 서류등의 열람·복사 등), 공판준비절차 도입(제309조의5부터 제309조의15까지)</p> <p>그리고 기타 제87조의2(공판조서의 정리 등), 제87조의3(공판정에서의 속기·녹음 및 영상녹화), 제193조(증인이 출석하지 아니한 경우의 과태료 등) 비로소 신설</p> <p>② 제322조(집중심리), 제323조의2(구두변론주의), 모두진술제도 개선(제330조부터 제332조까지), 제347조(증</p>	

「형사소송법」	「군사법원법」**	참고
<p>③ 공판정의 좌석과 피고인신문의 순서 변경</p> <p>증거법 개편</p> <p>① 위법수집배제법칙 명문화(제308조의), ② 검사작성 피의자신문조서의 성립의 진정을 피고인의 진술 이외에 영상녹화물 기타 객관적 방법으로도 증명할 수 있도록 함(제312조제2항), ③ 참고인 진술조서의 성립의 진정을 원진술자의 진술 또는 영상녹화물 기타 객관적 방법으로 증명되고 피고인의 반대신문 기회 보장되며 특신상태가 증명된 경우에 인정(제312조제4항), ④ 조사자 증언제도 도입(제316조)</p> <p>⑤ 피의자와 참고인 진술의 영상녹화제도 도입(제244조의2 신설)</p> <p>⑥ 피의자의 진술번복을 방지하기 위한 공판 전 증인신문제도(제221조의2(증인신문의 청구) 제2항)에 대한 헌법재판소의 위헌 결정에 따라 삭제</p> <p>피해자보호</p> <p>① 제163조의2(신뢰관계에 있는 자의 동석), 제165조의2(비디오 등 중계장치 등에 의한 증인신문), 제259조의2(피해자 등에 대한 통지), 제294조의2(피해자의 진술권): 신청권자 확대, 제294조의3(피해자 진술의 비공개) 신설, 제294조의4(피해자 등의 공판기록 열람·등사) 신설</p>	<p>거서류에 대한 조사방식), 제348조(증거물에 대한 조사방식), 제348조의2(그 밖의 증거에 대한 조사방식), 제351조의2(증거의 제출), 제372조의2(판결선고기일) 개정</p> <p>③ 제322조제3항(좌석)</p> <p>증거법 개편</p> <p>① 「형사소송법」의 증거법 개정내용 반영</p> <p>제359조(증거재판주의), 제359조의2(위법수집 증거의 배제), 제365조(군검사 또는 군사법경찰관의 조서), 제369조(전문의 진술), 제372조(증명력을 다투기 위한 증거)</p> <p>⑤ 「형사소송법」 제244조의2 반영(제236조의2 신설)</p> <p>⑥ 1999.12.28. 이미 (구)제261조제2항 삭제</p> <p>피해자보호</p> <p>① 「형사소송법」의 개정내용 반영</p>	<p>참고</p> <p>※ 현행 「군사법원법」 제365조(군검사 또는 군사법경찰관의 조서)에는 검사작성 피의자신문조서의 진정성립요건을 변경한 2020.2.4. 「형사소송법」 제312조제1항 및 제2항의 개정내용이 반영되지 못함.</p> <p>헌 법 재 판 소 1996.12.26. 94 헌바1 전원재판부</p> <p>헌법재판소 2021.12.23. 2018헌바524 전원재판부 위헌결정(성폭법 제30조 제6항 중 '제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있도록 한 것은 위헌) 참조.</p>

76 공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

「형사소송법」	「군사법원법」**	참고
<p>② 보석의 조건에 피해자 등 보호조치 신설(제98조제4호)</p> <p>기타</p> <p>① 무죄판결 시의 소송비용 보상 신설(제194조의3)(무죄판결이 확정된 날부터 6개월 이내)</p> <p>※ 2014.12.31. 청구기간을 무죄판결이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄판결이 확정된 때부터 5년 이내로 개정</p> <p>② 「법원조직법」 제81조의7(양형기준의 효력 등) 신설</p>	<p>② 2008.1.17. 「형사소송법」 제98조 반영</p> <p>기타</p> <p>① 「형사소송법」 제194조의3 반영(제227조의12)</p> <p>※ 2020.6.9. 「형사소송법」 제194조의3과 동일하게 개정</p> <p>② 2016.1.6. 대법원 양형기준의 존중(제73조의2) 신설</p>	
<p>2007.12.21. 전문심리위원(제279조의2 이하) 및 전문수사자문위원제도(제245조의2 이하) 도입</p>		
		<p>2009.11.2. 「군형법」 제92조 이하에 “강간과 추행의 죄” 신설(중전에는(구) 제92조(추행)만 규정되어 있었음(헌법 제92조의6))</p> <p>1995.12.29. 형법 제32장 “정조에 관한 죄”를 “강간과 추행의 죄”로 개정</p> <p>2010. 4. 15. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제정</p>
	<p>2009.12.29. 변호인이 출석하여야 공판정을 개정할 수 있도록 함(제322조(공판정의 심리)).</p> <p>※ 본래 변호인의 출석은 현행 「형사소송법」 제275조와 달리 공판정 개정의 요건이 아니었으나(「(구)제정 군법회의법」 제315조; 2008.1.17. 법률 제 8842호에 의하여 개정되기 전의 「(구)군사법원법」 제322조) 2009.12.29. 개정에 의하여 변호인의 출석은 개정의 요건이 됨.</p>	<p>참고로 「군사법원법」은 모든 사건을 필요적 변호사건으로 정하고 있음. 제62조(국선 변호인) “피고인에게 변호인이 없을 때에는 군사법원 또는 상소법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다” 그 밖에 항소심(고등법원) (제419조(소송기록 등의 접수와 통</p>

「형사소송법」	「군사법원법」**	참고
<p>2011.7.18.</p> <p>① 법원의 압수·수색의 요건에 피고사건과의 관련성 추가 및 그 요건 강화(제106조, 제109조)</p> <p>② 법원의 정보저장매체 등에 대한 압수의 범위와 방법 명시하고 정보주체에 해당사실 고지, 영장에는 작성기간 명시(제106조제3항, 제4항)</p> <p>③ 수사기관의 압수·수색의 요건에 범죄혐의와 피고사건과의 관련성 추가(제215조제1항)</p> <p>④ 수사기관의 목록작성의무 규정(제198조제3항)</p> <p>⑤ 판결서상 기소검사실명제 도입(제40조제3항)</p> <p>⑥ 재정신청 대상을 형법 제126조의 죄에 대한 고발사건까지 확대(제260조제1항)</p> <p>⑦ 확정 판결서등의 열람·복사 신설(제59조의3)</p> <p>⑧ 검사의 압수물의 환부 등에 관한 규정 신설(제218조의2)</p>	<p>2017.12.12.</p> <p>① 「형사소송법」 제106조, 제109조 반영: 압수·수색 시 피고사건과의 관련성 추가(제146조제1항)</p> <p>② 컴퓨터등 정보매체의 압수·수색 규정 도입(제3항, 제4항)</p> <p>③ 2020.6.9. 「형사소송법」 제215조 제1항 및 제2항 반영(제254조제1항)</p> <p>④ 2020.6.9. 「형사소송법」 제198조제3항 반영(제229조제3항 신설)</p> <p>⑤ 2021.9.24. 기소검사 실명제 도입(제74조제2항)</p> <p>⑥ 재정신청 도입 시부터 고소 및 고발 사건이 대상</p> <p>⑦ 2014.1.7. 제93조의3(확정 판결서등의 열람·복사) 신설</p> <p>⑧ 2020.6.9. 군검사의 압수물의 환부 등에 관한 규정 신설(제257조의2)</p>	<p>지)제2항)과 재심(제487조)</p>
		<p>2014.1.29. 국방부 군인·군무원 징계업무처리훈령 제4조의5(성군기 위반사건의 처리기준) 신설(현행 제9조) 징계 감경 금지(제30조 제2항 제2호(현행 제45조 제2항 제2호))</p> <p>2015.1.2. 국방부 군인·군무원 징계업무처리훈령 인권담당군법무관제도 신설(제25조 (인권담당군법무관의 임명 등))(현행 제40조 (인권담당 군법</p>

78 공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

「형사소송법」	「군사법원법」**	참고
		무관의 임명 등)) 2015.9.16. 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 제4조의5(성군기 위반사건의 처리기준) 제7항 지휘·업무계선 상 상급자의 묵인·방조·은폐·비호 징계 신설(조건: “특별한 사정이 없는 한”)
<p>2015.7.31.</p> <p>① 보조인이 될 수 있는 자에 피고인 또는 피의자와 신뢰관계에 있는 자를 추가(제29조제2항)</p> <p>② 헌법재판소의 위헌결정에 따라 법원의 구속집행정지 결정에 대한 감사의 즉시항고권을 삭제</p> <p>③ 각 지방검찰청에 형집행정지 심의위원회 설치(제471조의2 신설)</p> <p>④ 살인범죄로 인하여 사형에 해당하는 범죄에 대하여 공소시효 폐지(제253조의2 신설)</p> <p>⑤ 헌법재판소의 헌법불합치결정에 따라 판결 선고 후 판결 확정전 미결구금일수 전부를 본형에 산입(제482조)</p>	<p>2020.6.9.</p> <p>① 「형사소송법」 제29조제2항 반영(제66조제2항 신설)</p> <p>② 법원의 구속집행정지 결정에 대한 즉시 항고 삭제(제141조제4항 삭제)</p> <p>④ 2016.6.1. 살인범죄에 대한 공소시효 폐지(제195조의2, 제305조)</p> <p>⑤ 2020.6.9. 「형사소송법」 제482조 반영(제524조)</p>	<p>헌법재판소 2012.6.27. 2011헌가36 전원재판부</p> <p>헌법재판소 2008.12.19. 2008헌가13등 전원재판부</p>
		2015.12.29. 군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 제정 (제3장 군인의 기본권) 제25조(명령 복종의 의무) - 군형법 제44조부터 제47조 제32조(불온표현물 소지·전파 등의 금지) - 합헌(헌법재판소 2010.10.28. 2008헌마638); 당해 헌법소원을 낸 군법무관 강제전역은 위법(대법원 2018.3.22. 선고 2012두26401 전원합의체 판결)

「형사소송법」	「군사법원법」**	참고
<p>2016.1.6. ① 헌법재판소의 위헌결정에 따라 재정신청기간에 대한 즉시항고 허용(제262조제4항 전단) ② 재정신청이 있는 경우 재정결정이 확정될 때까지 공소시효의 진행 정지(제262조의4)(종래 재정신청이 있을 때 까지였음) ③ 벌금 등의 분할납부, 납부연기 및 납부대행기관을 통한 납부 등 납부방법에 필요한 사항은 법무부령으로 정하도록 함(제477조제6항).</p>	<p>2016.1.6. ① 재정신청에 대하여 즉시항고 허용(제304조제4항) ② 「형사소송법」 제264조의4 반영(제305조) ③ 벌금 등의 분할납부 등 현재까지 군사법원법에 미도입.</p>	<p>헌법재판소 2011.11.24. 2008헌마578 전원재판부 그러나 2023년 「재산형 등에 관한 군검찰 집행사무규칙」 제12조에 도입</p>
		<p>2016.1.19. 군인사법 제46조 제1항 제4호 - 성폭력으로 인한 휴직 도입: 그러나 인사기록에 휴직사유 익명화되어 있지 않아 2차피해의 우려.*** ※ 일반적으로 "신체·정신상의 장애로 장기 요양이 필요할 때"라는 사유로 휴직(예컨대 국가공무원법 제74조제1항제1호)</p>
<p>2016.5.29. ① 서류·증거물의 열람·복사권(제35조)와 관련하여 사건관계인의 생명, 신체의 안전을 위하여 개인정보 공개제한 ② 디지털포렌식 자료(정보저장매체에 저장된 것)를 진술서등의 증거능력에 준하여 다루도록 하고(제313조), 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 일정한 경우에 진술할 수 없는 때에 이들 디지털포렌식 자료를 증거로 사용할 수 있도록 예외를 정함(제314조)(감정의 경우도 동일), 진정성립의 요건 강화(제313조제2항) ③ 재심을 청구한 사람이 원하지 아니하는 경우 재심무죄판결을 공시하지 않도록 함(제440조).</p>	<p>① 2020.6.9. 「형사소송법」 제35조 반영(제64조제3항 신설) ② 2017.12.12. 「형사소송법」 제313조, 제314조 반영(제366조) ③ 2018.12.18. 「형사소송법」 제440조 반영(제490조)</p>	

「형사소송법」	「군사법원법」**	참고
	<p>2016.1.6. 「형법」상 간통죄는 헌법재판소의 위헌 결정에 따라 삭제됨(2016.1.6.)에 따라 고소 조항((구)제271조(배우자의 고소) 삭제 ※ 참고로 「형사소송법」 제229조는 현재까지도 개정되지 않음.</p>	<p>헌법재판소 2015. 2.26. 2009헌바17 등 전원재판부</p>
<p>2017.12.19. 약식명령에서 피고인만이 정식재판을 신청한 경우 불이익변경금지의 원칙을 형중상항의 금지로 변경(제457조의2)</p>		
		<p>2018.12.24. 여성폭력방지기본법 제정</p>
<p>2019.12.31. ① 「형사소송법」 제216조제1항제1호에 대한 헌법재판소의 불합치결정(헌법재판소 2018.4.26. 2015헌바370등 전원재판부)에 따라 체포영장과 구속영장을 집행 시 영장없이 타인의 주거 등을 압수·수색하는 경우 긴급한 사정 등 필요(제137조, 제216조제1항제1호) ② 즉시항고 및 준항고 기간을 3일에서 7일로 연장(제405조, 제416조제3항).</p>	<p>① 「군사법원법」 제178조 및 제255조 제1항제1호에 대한 개정은 이루어지지 않음. ② 2020.2.4. 「형사소송법」 제405조 반영(제455조, 제465조제3항)</p>	
<p>2020.2.4. 수사권 조정에 따라 고소인 등에 대한 사법경찰관의 불송치 결정의 통지 및 이의신청제도 도입(제245조의6 및 제245조의7)</p>	<p>2020.2.4. 「형사소송법」의 수사권 조정은 그대로 반영되지 않음.</p>	<p>예컨대 군사법경찰관이 수사를 시작하여 입건하였거나 입건된 사건을 이첩받은 경우에는 정당한 사유가 없으면 48시간 이내에 관할 검찰단에 통보의무(「군사법원법」 제228조제2항), 수사종결권 없음(제283조).</p>
	<p>2020.6.9. ① 재판관의 기피신청을 제한한 제50조(기피신청의 시기)(「(구)군법회의법」 제50조) 삭제 ② 공판조서에 관한 이의가 있는 경우 그 취지를 공판조서에 기재하도록 한 제88조(공판조서에 관한 이의) 삭제 ③ 공판조서의 녹취에 관한 제90조(</p>	

「형사소송법」	「군사법원법」**	참고
	<p>「(구)군법회의법」 제90조) 삭제 (1963.9.1. 「형사소송법」 제56조의2와 동일한 법문언)</p> <p>※ 2008.1.19. 제87조의3(공판정에서의 속기·녹음 및 영상녹화) 신설로 제90조 불필요해짐</p> <p>④ 재정신청의 기간: 불기소처분의 통지를 받은 날로부터 10일 내에서 30일 내로 연장(제301조제2항)</p> <p>⑤ 「형사소송법」 제278조 “검사의 불출석” 도입(제326조의3)</p> <p>「형사소송법」 제293조 “증거조사 결과와 피고인의 의견” 도입(제348조의3) 이에 상응하여 「형사소송법」 제302조 (증거조사 후의 검사의 의견진술) 단서 도입(제354조 단서)</p> <p>⑥ 자유형 선고 후 보석 등의 집행정지의 효력이 당연히 상실되도록 한 규정(제386조) 삭제</p> <p>⑦ 제387조(자유형 선고 후의 필요적 보석의 적용 제외) 삭제</p> <p>⑧ 사형, 무기징역 또는 무기금고 선고된 판결에 대하여 상소의 포기를 금지한 「형사소송법」 제349조 단서 도입(제406조 단서) - 피고인 외 상소할 수 있는 상소권자 추가</p> <p>⑨ 제414조 항소이유에서 “2. 대법원이 나 고등군사법원의 판례에 상반되는 판단을 하였을 때” 삭제 이에 상응하여 제420조제2항제2호 삭제</p> <p>⑩ 제442조 상고사유에서 제2호 및 제3호 삭제(“2. 대법원의 판례에 상반되는 판단을 하여 판결에 영향을 미쳤음이 명백할 때”, “3. 대법원의 판례가 없는 경우에 고등군사법원이 종전의 판례에 상반되는 판단을 하여 판결에 영향을 미쳤음이 명백할 때”)</p>	<p>「형사소송법」 제260조제3항은 항고기각 결정을 통지받은 날 또는 제260조제2항 각 호의 사유가 발생한 날부터 10일 이내로 규정되어 있음.</p> <p>1969.9.1. 「형사소송법」 제383조(상고이유) “2. 대법원의 판례에 상반한 판단을 하여 판결에 영향을 미침이 명백한 법령위반이 있을 때; 3. 대법원의 판례가 없는 경우에 고등법원의 상고심판례에 상반한 판단을 하여 판결에 영향을 미침이 명백한 법령위반</p>

82 공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

「형사소송법」	「군사법원법」**	참고
	<p>① 원심판결의 파기의 예외를 규정한 제448조제2항 삭제(「형사소송법」 제391조와 동일하게 개정)</p> <p>향고제도 정비</p> <p>① 「형사소송법」의 향고제도와 일치시킴(보통향고 도입).</p> <p>② 즉시향고만 허용하던 제454조를 「형사소송법」 제402조와 같이 규정</p> <p>③ 「형사소송법」 제403조(판결 전의 결정에 대한 향고) 도입(제454조의2)</p> <p>④ 「형사소송법」 제404조(보통향고의 시기) 도입(제484조의3)</p> <p>⑤ 제455조의 “향고 제기 기간”을 “즉시향고 제기 기간”으로 개정(제455조); 제459조도 동일</p> <p>⑥ 「형사소송법」 제409조(보통향고와 집행정지) 도입(제459조의2)</p> <p>⑦ 「형사소송법」 제411조(소송기록등의 송부) 제3항에 정한 당사자에게의 사유 통지제도 도입(제460조제3항)</p> <p>⑧ 「형사소송법」 제419조에 정한 준향고의 경우 보통향고의 집행정지와 효력에 관한 규정 도입(제491조)</p> <p>피해자보호</p> <p>피해자 국선변호인제도 도입(군검사)(제260조의2) - 그런데 범죄의 종류 및 대상에 제한이 없음.</p> <p>기타</p> <p>① 「형사소송법」 제274조의 “당사자의</p>	<p>이” 신설 후 1963. 12.13. 개정으로 삭제되고 현행으로 개정</p> <p>2012. 12. 18.</p> <p>성폭력범죄 피해자 국선변호인 제도 도입(성폭법 제27조); 아동학대처벌법 제16조(2014. 1. 28.); 장애인복지법 제59조의15 (2020. 12. 29.); 인신매매방지법 제16조(2021. 4. 20.)</p> <p>(「검사의 국선변호사 선정 등에 관한 규칙」)</p>

「형사소송법」	「군사법원법」**	참고
	<p>공판기일 전의 증거제출* 도입(제316조의2)</p> <p>② 「즉결심판에 관한 절차법」 제3조(즉결심판청구) 제3항의 피고인에게의 통지제도 도입(제501조의15제3항)</p> <p>③ 제524조(판결확정 전 구금일수 등의 산입) 전문개정.</p>	<p>2009.12.29. 「즉결심판에 관한 절차법」 제3조(즉결심판청구) 제3항 피고인에게의 통지제도 신설</p> <p>「형사소송법」 제482조제1항 및 제2항에 대한 헌법재판소 2009.12.29. 2008헌가13, 2009헌가5(병합) 전원재판부의 헌법불합치 결정에 따라 2015.7.31. 동조 개정되면서 전문개정됨.</p>
	<p>2021.9.24.</p> <p>① 구속영장에 대한 소속 부대의 장의 승인제도**** 폐지(제238조제3항 삭제)</p> <p>② 압수·수색영장 집행 시 그 사건에 관한 다른 증거물을 발견한 경우 영장 없이 압수할 수 있도록 한 제155조(영장과 압수) 삭제</p>	<p>군 사법절차 개혁 구체적인 개정내용은 “표 4 2021년 평시 군 사법절차 개혁의 신·구 대조(전시 군 사법절차 제외)” 참조</p>
<p>2022.5.9. 제198조 준수사항에 벌건수사 금지 신설(제4항)</p>		
		<p>2023.1.17. 스토킹방지 및 피해자보호 등에 관한 법률</p>
<p>「검찰청법」</p>	<p>×</p>	
<p>「경찰청법」</p>	<p>×</p>	

* 이 표는 「형사소송법」의 개정 연대에 맞추어 「군사법원법」의 개정내용을 재배열한 것임.

** 「군사법원법」의 개정내용은 1987.12.4. 「(구)군법회의법」에서 「군사법원법」으로 전부개정된 이후의 내용임.

*** SBS NEWS 2021년 6월 8일 보도 “인사 기록에 ‘성폭력 휴직’…전역 때까지 꼬리표”(https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1006348138; 최종접속일: 2023년 5월 23일).

**** 1994.1.5. 개정에 의하여 신설됨. 종래 구속영장을 관할관이 발부했었기 때문에 소속 부대의 장의 승인을 받을 필요가 없었으나 1994.1.5. 개정으로 영장발부권자가 관할관에서 군판사로 변경되면서 부대의 장의 승인을 얻도록 한 것으로 추측됨.

이 표를 살펴보면 현재 「군사법원법」은 「형사소송법」 규정과 상당히 많이 접근해 있음을 알 수 있다. 즉 「군사법원법」은 「형사소송법」의 개정에 맞추어 시기적으로 적시에 개정되기도 했지만 지나치게 늦게 개정되기도 했다. 그러나 현재 상황으로는 군사법절차가 일반 형사절차와 구별되지 않을 정도로 많은 부분이 일치되어 있는 것이 사실이다.

제2절 | 2021년 개정 「군사법원법」의 주요 내용

1. 주요 내용

2021년 군 형사사법개혁의 주요 내용은 무엇보다도 군사재판제도의 독립성·중립성 그리고 공정성의 담보를 위한 (1)군사재판체계의 구조적인 변화와 (2)시민통제 그리고 (3) 군 형사소송절차에서의 피해자보호에서 찾을 수 있다.

(1) 우선 군사재판체계의 구조적인 변화로는 ① 군사법원체계와 관련하여 ㉠군사법원을 종래 군단 단위로 설치하던 것을 국방부 소속으로 통합하는 한편 ㉡평시에는 관할관제도와 심판관제도를 폐지함으로써 지휘계통으로부터 군사법원의 독립성과 중립성을 담보하도록 하였다. 또한 ㉢종래 많은 논란이 되었던 성폭력범죄, 군인 등의 사망사건의 원인이 되는 범죄 그리고 군인 등이 신분취득 전에 범한 죄의 재판권을 일반법원에 이관함으로써 국민의 의문을 불식할 수 있도록 하였다. 그리고 ② ㉣군판사의 신분적 독립성·중립성을 담보하기 위하여 군판사의 임명·연임·정년을 명시하는 한편 ㉤종래 관할관이 군판사를 임명하던 것을 국방부장관이 임명하도록 하고 민간인이 참여한 군판사인사위원회의 심의를 거치도록 하여 지휘계통으로부터 독립시켰으며 ㉥군검찰과의 보직순환을 금지하여 이른바 밀실재판의 가능성을 차단하였다.

② 군 형사절차에서 수사·기소와 관련해서는 ㉦군검찰을 종래 보통군사법원의 관할에 따라 군단별로 설치하던 것을 국방부 소속으로 통합하여 군검찰단을 설치하도록 하였으며 ㉧군검사에 대한 지휘·감독권을 제한함으로써 지휘계통으로부터의 독립성을 강화하는 한편 ㉨군검사에게 위법·부당한 지휘·감독에 대하여 이의제기권을 부여하였다. ㉩또한 검사와 사법경찰관의 관계에 상응하는 군검사와 군사법경찰관 간의 협조 의무와 함께(그러나 수사권과 기소권의 분리를 제외하고) 법원이 재판권을 가지는 사건의 경우 검사와 사법경찰관과의 협조 의무도 규정하였다.

(2) 2021년 군 형사사법개혁에서 가장 주목할 만한 것은 무엇보다도 군사재판체계에 대한 시민통제일 것이다. 즉 ① 종래 사회적 분노를 일으켰던 군대 내의 의문사건들이나 성폭력범죄들을 둘러싼 수사의 은폐·조작 의혹을 불식시키기 위하여 이들 사건들을 일반법원이 재판하도록 한 것이나, ② 군판사의 임명·연임·해임에 민간인이

참여하는 군판사인사위원회의 심의를 거치도록 한 것 또는 ③ 평시 군사법원의 판결에 대한 항소심을 고등법원으로 이관한 것 등이 바로 그것이다. 물론 이런 개정은 군사재판제도 전체에서 봤을 때 매우 작은 것이기는 하지만 장기적인 관점에서 큰 변화를 위한 작은 한걸음이라고 본다면 매우 긍정적인 것이라고 평가될 수 있을 것이다.

(3) 그리고 마지막으로 보통군사법원과 고등군사법원은 전시·사변 또는 이에 준하는 비상사태에 설치하도록 하는 특례규정들을 두게 된다.

이상의 내용을 표로 나타내면 다음과 같다.

▶▶▶ [표 4] 2021년 평시 군 사법절차의 신·구 대조(전시 군 사법절차 제외)

		개정 전	개정 후
군사법원의 관할	인적 관할	제1조(적용대상자) - 군인 등 - 국군부대가 관리하고 있는 포로(제2조제1항제2호) - 민간인(내·외국인) •특정 군형법범·계엄법·군사기밀보호법 위반(제2조, 제3조)(예외: 제2조제1항제1호에 정한 죄) •한국주둔 외국군 제외 •군인 등 신분취득하기 전에 민간인으로서 죄를 범한 군인 등(제2항)	동일 제외(제2조제2항 제3호)
	물적 관할	- 군인 등 •모든 범죄	- 군인 등 •모든 범죄 •제외: ① 성폭력범죄(제2조제2항제1호), ② 사람이 사망하거나 사망에 이른 경우 그 원인이 되는 범죄(제2호), ③ 군인 등 신분취득하기 전에 민간인으로서 범한 죄와 군인 등의 성폭력범죄 및 사망사건의 경우 일반 법원의 관할범죄인 만큼 배심원재판 가능(「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」 제5조(대상사건), 법원조직법 제32조제1항 제1호 및 제3호(합의부의 심판권)) •사건을 대검찰청, 고위공직자범죄수사

		개정 전	개정 후
			<p>처, 사법경찰로 이첩(「군사법원법」 제286조, 제228조 제3항「법원이 재판권을 가지는 군인 등의 범죄에 대한 수사 절차 등에 관한 규정」 제7조)</p> <ul style="list-style-type: none"> • 「군사법원법」 제2조 제4항의 경우 제외 (「법원이 재판권을 가지는 군인 등의 범죄에 대한 수사절차 등에 관한 규정」 제6조) <p>※ 다만 배심원에 군인 등은 배제(「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」 제18조(직업 등에 따른 제외사유)제8호)</p>
		<p>- 내·외 민간인</p> <ul style="list-style-type: none"> • 특정 군형법·계엄법·군사기밀보호법 위반(제2조, 제3조)(예외: 민간인이 범한 군사시설이자 전투용에 공하는 시설의 손괴(제2조제1항제1호, 「군형법」 제66조, 제68조, 제69조)¹⁰⁸⁾ 	<p>동일</p>
			<p>- 신설</p> <ul style="list-style-type: none"> • 국가안전보장, 군사기밀보호, 그 밖에 이에 준하는 사정을 이유로 한 국방부장관의 군사법원으로서의 기소 결정(① 성폭력범죄(제2조제2항제1호), ② 사망사건(제2호), ③ 군인 등 신분취득 전에 범한 죄))(제2조제4항) • 국방부장관의 동 결정에 대한 검찰총장과 고소권자의 취소 신청권(대법원)(제5항, 제6항) <p>관할의 직권조사(제12조의2)</p>
심급제도	1심	<p>보통군사법원</p>	<p>평시 보통군사법원 폐지 - 지역군사법원으로 전환 (제5조 삭제; 제534조의2 이하 등)</p>
		<p>군단급 이상의 부대에 설치¹⁰⁹⁾</p>	<p>- 군사법원</p> <ul style="list-style-type: none"> • 국방부장관 소속(제6조) • 5개: 중앙지역, 제1지역-제4지역군사법원 • 관할지역 내에서 순회(제67조의2제2항) <p>- 일반법원(제2조제2항)</p> <p>① 성폭력범죄, ② 군인 등의 사망사건 관련 범죄, ③ 군인 등이 신분취득 전에 범한 죄</p>

88 공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

		개정 전	개정 후
			- 국방부장관의 예외적 군사법원에의 기소 지휘(제2조제4항) - 대법원에 취소 신청(7일 내)
		관할관의 판결에 대한 확인조치(제379조)(평시 1/3까지 형 감경할 수 있음) ¹¹⁰⁾	삭제
		판결서에 기소한 군검사 기재 ×	판결서에 기소한 군검사 기재(제72조제2항(형사소송법 제40조제3항 참조))
	향소심	고등군사법원 ¹¹¹⁾	평시 고등군사법원 폐지 → 서울고등법원
	상고심	대법원	대법원(경정·명령에 대한 재항고사건 포함)
	재판권 정의의 결정 ¹¹²⁾	대법원	대법원
	비상상고	대법원	대법원 (제498조제1호 단서, 제499조 삭제)
	전시 군사법원	별도의 규정 없음. 평시와 전시 동일하게 규정하고 있었기 때문.	개정 전 규정들을 거의 그대로 규정 (제534조의2 이하)
법원	규칙 제정권	대법원 - 군법무관회의의 의결 전제	대법원 - 군사법원운영위원회의 의결 전제(제4조, 제4조의2))
	장	- 관할관 • 고등군사법원 관할관 - 국방부장관 • 보통군사법원 관할관 - 부대와 지역 사령관, 장 또는 책임지휘관(국방부 보통군사법원 관할관 - 국방부장관)	평시 관할관제도 폐지 (제534조의4, 제534조의6 이하, 제534조의11 이하 등)(「군사법원법」 “제5편 전시·사변 시의 특례” 참조) - 군사법원장(제7조) • 군사법원장 - 군판사 • 부 설치
		• 직무 - 보통·고등군사법원의 행정사무 지휘·감독·관장	• 직무 - 군사법원의 행정사무
재판관	구성	- 보통군사법원 • 군판사 3인 ¹¹³⁾ • 관할관이 지정한 사건(제27조의2): 군판사 2인과 심	- 군판사 3인 - 평시 심판관제도 폐지(「군사법원법」 “제5편 전시·사변 시의 특례” 참조) - 약식절차: 군판사 1인

	개정 전	개정 후
	<p>판관 1인 - 약식절차¹¹⁴⁾: 군판사 1인</p>	- 수명군판사 신설(제112조의2)
	<p>- 고등군사법원 •군판사 3인 •관할관이 지정한 사건¹¹⁵⁾: 군판사 3인과 심판관 2인</p>	<p>평시 고등군사법원 폐지 (제534조의2 이하 등) → 고등법원</p>
지정	<p>- 관할관(제25조)¹¹⁶⁾ •국방부장관, 각 군 참모총장 이외의 관할관이 심판관인 재판관을 지정하는 경우: 각 군 참모총장의 승인 •각 군 참모총장인 관할관이 심판관인 재판관을 지정하는 경우: 국방부장관의 승인</p>	군사법원장
자격	<p>- 군판사 •임명: 각 군 참모총장, 국방부장관¹¹⁷⁾ •임기: 군판사 - 3년, 연임 •자격: 영관급 이상의 소속 군법무관¹¹⁸⁾</p>	<p>- 군판사 •임명: 군판사인사위원회(제22조의2)의 심의 → 군사법원운영위원회의 동의 → 국방부장관 임명 •임기: 군사법원장 - 2년, 연임; 군판사 - 5년, 연임 •정년제(「헌법」 제105조 제4항이 법관의 정년을 법률에 정하도록 한 것을 참조) •자격: ■ 군사법원장 - 군법무관으로서 15년 이상 근무한 영관급 이상의 장교 ■ 군판사 - 군법무관으로서 10년 이상 근무한 영관급 이상의 장교</p>
	<p>•군판사와 군검사 간 보직순환 금지는 「군사법원법」에 관련규정은 없으나 2011년부터 시행¹¹⁹⁾</p>	<p>•군판사와 군검사 등 군사법원 외의 다른 부대의 직위로의 보직순환 금지를 명문화(제26조 제4항)</p>
	<p>- 심판관 •임명: 관할관(관할관의 부하가 아닌 경우 각 군 참모총장) •임기: x •자격: 영관급 이상의 장교 1. 법에 관한 소양이 있는 사람 2. 재판관으로서의 인격과 학식이 충분한 사람</p>	<p>평시 심판관제도 폐지 (제534조의8, 제534조의10 이하 등)</p>
계급제한	재판관은 피고인 보다 동급 이상이어야 한다(제28조, 제	삭제

90 공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

		개정 전	개정 후
		29조) 항소 등: 원심군사법원의 재판장보다 등급 이상인 사람(제30조)	
	신분보장	제21조(재판관의 독립)	동일 신설 해임(제28조), 징계(29조), 군판사에 대한 본인의 의사에 따르지 아니한 전역(제30조)(「군인사법」의 적용(제30조의2))
	제척·기피·회피의 결정	관할관	중앙지역군사법원, 고등법원
군검찰	조직	검찰부 ¹²⁰⁾ - 고등검찰부 - 국방부, 각 군본부(2016.1.6. 개정) - 보통검찰부 - 보통군사법원이 설치되어 있는 부대와 편제상 장성급 장교가 지휘하는 부대 - 고등검찰부의 사건 관할 이전요구권	검찰단 - 검찰단 - 국방부, 각 군 참모총장 소속 - 검찰단에 각각 고등검찰단과 보통검찰단 설치 - 국방부검찰단의 사건 관할 이전요구권
	지휘권	- 국방부장관 •일반적 지휘권: 군검사(구체적 지휘권 ×) •구체적 지휘권: 각 군 참모총장 - 각 군 참모총장 •일반적·구체적 지휘권: 군검사	군검사에 대한 구체적 지휘권 제한 - 국방부장관 •일반적 지휘권: 군검사(구체적 지휘권 ×) •구체적 지휘권: 각 군 참모총장, 국방부 검찰단장 - 각 군 참모총장 •일반적 지휘권: 군검사(구체적 지휘권 ×) •구체적 지휘권: 소속 군검찰단장
		부당한 지휘·감독에 대한 이의신청 ×	부당한 지휘·감독에 대한 이의신청(제40조제2항; 「검찰청법」 제7조제2항 참조)
국선변호인	자격	- 변호사나 변호사 자격이 있는 장교 또는 군법무관시보	동일
		- 보통군사법원의 경우 변호사 또는 변호사 자격이 있는 장교를 변호인으로 선정하기 어려운 때 법에 관한 소양이 있는 장교도 변호인으로 선정 가능(제62조제2항 단서)	삭제

		개정 전	개정 후
수사	수사구조		<ul style="list-style-type: none"> - 군검사와 군사법경찰관의 협력의무 - 그러나 형사소송법의 규정들이 그대로 반영된 것은 아님 - 예컨대 군사법경찰관이 수사를 시작하여 입건하였거나 입건된 사건을 이첩받은 경우에는 정당한 사유가 없으면 48시간 이내에 관할 검찰단에 통보의무(제228조제2항), 수사 종결권 없음(제283조). - 군사법경찰관의 직무와 수사범위에 관한 규정들(제43조, 제44조)은 2024.1.1. 시행.
	수사		<ul style="list-style-type: none"> - 「군검사와 군사법경찰관의 수사준칙에 관한 규정」 - 국방부 「법원이 재판권을 가지는 군인 등의 범죄에 대한 수사절차 등에 관한 규정」 <hr/> <ul style="list-style-type: none"> • 군사법경찰관은 입건 후 48시간 내에 관할 검찰단에 통보(제228조제2항; 「형사소송법」 및 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」에 상응하는 규정 없음) • 일반법원이 재판권을 가지는 사건 <ul style="list-style-type: none"> ▪ 대검찰청, 고위공직자범죄수사처, 사법경찰로 사건 이첩(「군사법원법」 제286조, 제228조 제3항「법원이 재판권을 가지는 군인 등의 범죄에 대한 수사절차 등에 관한 규정」 제7조) ▪ 「군사법원법」 제2조 제4항의 경우 제외(「법원이 재판권을 가지는 군인 등의 범죄에 대한 수사절차 등에 관한 규정」 제6조)
	구속영장	군검찰부가 설치되어 있는 부대의 장의 승인(제238조 제3항) ¹²¹⁾	삭제
기타	영창제도	「군인사법」 제57조제2항제2호	헌법재판소 2020.9.24. 2017헌바157, 2018헌가10) 전원재판부(영창사건)의 위헌결정으로 삭제(군기교육, 감봉으로 대체)

108) 헌법재판소 2013.11.28. 2012헌가10 전원재판부(군사시설이자 전투용에 공하는 시설을 손괴한 민간인에 대한 재판권 귀속 사건)에서의 위헌결정에 따른 개정(법률 제13126호 2015.2.3. 개정 2015.2.3. 시행).

109) 2016.1.6. 평시 사단급 보통군사법원 폐지.

110) 1994.1.5. 개정으로 관할관의 확인조치의 대상이 되는 판결의 범위가 제한되고 형집행정지권을 폐지하는 한편 약식명령 및 항소심에서의 확인조치권은 폐지됨. 또한 2016.1.6. 개정으로

2021년 「군사법원법」 개정에 따라 「법원이 재판권을 가지는 군인 등의 범죄에 대한 수사절차 등에 관한 규정」,¹²²⁾ 「군검사와 군사법경찰관의 수사준칙에 관한 규정」, 「군사법경찰 수사규칙」¹²³⁾ 그리고 「수사기관의 군사기지 및 군사시설 등 출입절차에 관한 훈령」¹²⁴⁾이 제정되고 「군검찰 사건사무규칙」¹²⁵⁾, 「군검찰사무 운영규정」 그리고 「군사경찰의 직무수행에 관한 법률」 등이 개정되었다. 그리고 「군사경찰의 직무수행에 관한 법률」은 2020년에 이미 제정되기도 하였다.¹²⁶⁾ 이상의 내용을 정리하면 다음과 같다.

-
- 종래 형의 집행유예의 판결을 제외한 판결에 대하여 확인 감형권을 행사할 수 있을 뿐만 아니라 감경에도 제한이 없었던 것을 제한하고 그 감경의 범위도 형의 3분의 1까지로 제한하였다.
- 111) 국방부 및 각 군본부에 설치되던 고등군사법원을 1994.1.5. 국방부 소속 고등군사법원으로 통합하였다.
- 112) 2009.12.29. 「(구)군사법원의 재판권에 관한 법률」을 폐지하고 「군사법원법」에 편입시킴(제3조(그 밖의 재판권), 제3조의2(재판권 쟁의에 대한 재정의 신청)부터 제3조의7(피고인의 구속에 대한 처분)까지).
- 113) 본래 보통군사법원의 경우 군판사 1인과 심판관 2인 또는 4인으로 재판관이 구성되던 것을 1994.1.5. 개정에서 군판사 2명과 심판관 1명으로 개정하고 2016.1.6. 개정에서 군판사 3인으로 개정함.
- 114) 1994.1.5. 도입.
- 115) 2016.1.6. 신설.
- 116) 2016.1.6. 개정.
- 117) 1987.12.4. 개정 이전에는 관할관이 임명했음.
- 118) 2016.1.6. 개정.
- 119) SBS 2011년 6월 16일 보도 “군 판사-검찰관 순환보직 금지 시행”(https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1000931826; 최종접속일: 2023년 10월 26일).
- 120) 1994.1.5. 개정으로 군검찰부를 군사법원으로부터 독립시킴.
- 121) 1994.1.5. 개정에 의하여 신설됨. 종래 구속영장을 관할관이 발부했었기 때문에 소속 부대의 장의 승인을 받을 필요가 없었으나 1994.1.5. 개정으로 영장발부권자가 관할관에서 군판사로 변경되면서 부대의 장의 승인을 얻도록 한 것으로 추측됨.
- 122) 대통령령 제32520호, 2022.3.8. 제정, 2022.7.1. 시행.
- 123) 국방부령 제1120호, 2023.6.28. 제정, 2023.6.28. 시행.
- 124) 국방부훈령 제2669호, 2022.6.29. 제정, 2022.7.1. 시행.
- 125) 국방부령 제1068호, 2021.10.25. 타법개정, 2021.10.25. 시행. 현행 규칙은 국방부령 제1087호, 2022.7.12. 일부개정에 의하여 개정된 것이다(2022.7.12. 시행).
- 126) 법률 제17680호, 2020.12.22. 제정, 2021.6.23. 시행.

▶▶ [표 5] 형사사법 관련 법령 대조표

일반 형사사법 관련 법령	군 형사사법 관련 법령
「형사소송법」	「군사법원법」
「법원조직법」	
「검찰청법」	
「경찰청법」	
「경찰관 직무집행법」	2020.12.22. 제정 「군사경찰의 직무수행에 관한 법률」
-	2022.3.8. 제정 「법원이 재판권을 가지는 군인 등의 범죄에 대한 수사절차 등에 관한 규정」
2020.10.7. 제정 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」	2022.3.8. 제정 「군검사와 군사법경찰관의 수사준칙에 관한 규정」
2019.12.1. 제정 「인권보호수사규칙」(「(구)인권보호수사준칙」)	2020.4.1. 전부개정 「군 수사절차상 인권보호 등에 관한 훈령」
2023.3.30. 제정 「경찰 수사에 관한 인권보호 규칙」(「(구)경찰 인권보호 규칙」)	
2017.12.15. 제정 「검찰수사심의위원회 운영지침」	「군검찰수사심의위원회 운영 지침」
2021.4.4. 전부개정 「(경찰청) 경찰 수사사건 심의 등에 관한 규칙」	×
2021.1.1. 전부개정 「검찰사건사무규칙」	2022.7.12. 개정 「군검찰 사건사무규칙」
	2022.6.30. 개정 「군검찰사무 운영규정」
2008.7.22. 전부개정 「경찰청 범죄수사규칙」	2020.12.30. 제정 「군사경찰 범죄수사규칙」
2020.12.31. 제정 「경찰수사규칙」	2023.6.28. 제정 「군사법경찰 수사규칙」 제정
2021.8.30. 전부개정 「입건 전 조사 사건 처리에 관한 규칙」	2020.12.30. 제정 「군사경찰 범죄수사규칙」(제31조부터 제47조)
-	2022.6.29. 제정 「수사기관의 군사기지 및 군사시설 등 출입절차에 관한 훈령」

2. 2021년 「군사법원법」 개정 이후의 개정논의

2021년 군사법원법 개정 이후에도 「군사법원법」에 대한 개정논의는 계속 진행 중이다. 아래의 표는 2021년 「군사법원법」 개정 이후에 발의된 “군사법원법 개정법률안”을 정리한 것이다.

▶▶▶ **[표 6]** 2021년 「군사법원법」 개정 이후의 개정논의

법률안	주요 내용
2022년 11월 08일 「군사법원법 일부개정 법률안(송옥주의원 등 10인)」(의안번호: 2118173)	민간법원 관할권 확대(형법상 협박, 출판물 등에 의한 명예훼손, 모욕, 권리행사방해, 직권남용, 직무유기), 특가법상 보복범죄)
2022년 12월 09일 「군사법원법 일부개정 법률안(이탄희의원 등 14인)」(의안번호: 2118836)	군형법상 성폭력범죄, 군형법상 폭행, 협박, 상해 및 살인 등 범죄, 모욕죄, 제16장 부하범죄 부진정, 정치관여를 민간법원으로
2023년 02월 24일 「군사법원법 일부개정 법률안(서영교의원 등 10인)」(의안번호: 2120290)	아동학대범죄를 민간법원으로
2023년 09월 26일 「군사법원법 일부개정 법률안(김종민의원 등 10인)」(의안번호: 2124732)	1. "「군형법」 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람이 사망하거나 사망에 이른 경우"로 개정, 2. 해당 사건이 법원에 기소된 경우를 추가, 3. 변사자의 검시 시 검사나 사법경찰관에게 지체없이 통보하고 참석하게 하여야 한다는 규정 신설, 4. 국방부장관의 기소결정권 제한(사망 사건, 해당 사건이 기소된 때)

이들 법률안들을 살펴보면 법원이 재판권을 가지는 대상범죄를 확대하거나 해당 범죄에 대한 군사법경찰의 수사권을 제한하는 것을 내용으로 하고 있다. 즉 송옥주의원의 법률안의 경우 군 내부에서의 고소·고발 등 수사단서를 제공한 때에 해당 고소·고발인 등에게 압력을 가할 목적으로 협박·강요하거나 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의9에 열거된 범죄를 저지르거나 혹은 직권남용이나 직무유기 등을 통하여 불이익처분을 하는 것을 원천적으로 방지하고 고소·고발자 등을 출판물 등에 의한 명예훼손, 모욕, 권리행사방해죄 등의 고발로부터 보호하기 위한 조치이다. 이것은 군의 폐쇄성으로 인하여 내부 고소·고발자 등이 겪게 될 불이익을 방지하고 공정한 재판을 보장함으로써 내부 고소·고발자들이 애초에 고소·고발을 주저하지 않도록 담보한다는 점에서 매우 의미있는 법률안이라고 판단된다.

이러한 입법취지는 이탄희 의원이 발의한 법률안의 경우에도 기본적으로 동일하지만 이보다 더 나아가 법원이 재판권을 가지는 범죄에 이들 범죄들과 경합관계에 있는 「군형법」제2편 제9장 폭행, 협박와 상해 및 살인 그리고 제10장 모욕의 죄를 포함시킬 뿐만 아니라 제16장 그 밖의 죄에 정한 제93조의 부하범죄 부진정과 제94조의 정치관여죄 등 수사, 기소 그리고 재판에 있어서 공정성이 문제될 수 있는 범죄들에 대한 재판권을 법원이 가지고 재판하도록 하려는 것이다.

그리고 서영교 의원의 법률안은 아동학대범죄를 법원이 재판권을 가지는 범죄로 정하려는 것으로서 “군인 가족 관사에서의 가정폭력이나 아동폭력이 발생하더라도 승진이나 주변을 의식하여 신고를 꺼리는 경우가 많다는 지적”에 대응한 것이다.

마지막으로 김종민 의원이 발의한 법률안은 법원이 재판권을 가지는 범죄들 중 “사람이 사망하거나 사망에 이른 경우 그 원인이 되는 범죄”의 경우 범죄혐의의 확인을 위하여 군수사기관이 입건 전 조사 즉 내사과정에서부터 사건에 관여하는 것을 방지함으로써 사망원인의 특징이나 경과과정에 대한 공정한 수사가 이루어지도록 하기 위하여 “사람이 사망하거나 사망에 이른 경우 그 원인이 되는 범죄”를 “사람이 사망하거나 사망에 이른 경우”로 개정하는 한편 사망사건이 법원에 기소된 경우에도 법원이 재판권을 가지도록 하였다. 그리고 군검사의 검시에는 검사와 사법경찰관이 지체없이 참여하도록 하는 내용을 「군사법원법」에 규정함으로써 검시의 투명성을 확보하려고 했다.

제3절 | 소결

이상과 같이 2021년 군 형사사법개혁 이전, 이후 그리고 2021년 군 형사사법개혁에 따른 군사법원법 및 관련 법령의 주요 내용에 대하여 살펴보았다. 특히 “군 형사사법절차의 일반 형사사법절차로의 접근”은 군 형사소송절차에 적법절차를 관철시키는 과정으로서 매우 긍정적인 의미를 가지고 있을 뿐만 아니라 2021년 군사법원법 개정은 평시 군사재판에서 관할관과 심판관의 영향력을 차단하고 군판사의 인적 독립성과 중립성을 확보하기 위한 수단으로서 민간인이 참여하는 군판사인사위원회의 설치는 군사재판에 대한 시민참여라는 민주적 정당성을 확보하는데 어느 정도 기여할 것으로 기대된다.

그러나 여기에서 반문하게 되는 것은 군 형사소송절차가 이와 같이 일반 형사소송절차로 접근해 왔고 현재는 거의 구별되지 않는다고 말한다면 왜 여전히 최근까지도 윤일병 사망사고, 공군 여군하사 자살사건, 해군 여군하사 상습성폭행사건 등에 이르기까지 일련의 사건들이 끊이지 않았으며 더욱이 군수사단계나 기소단계 그리고 재판 단계에 대하여 많은 의문이 제기되어 왔는지 그리고 2021년 군 형사사법개혁에도 불구하고 여전히 채상병 사망사고가 발생하고 이에 대한 군사경찰의 조사단계에서 벌어진 이른바 해병대 수사단장 항명사건¹²⁷⁾이 발생할 수밖에 없었는가에라는 문제이다. 이들 사건들은 비단 「군사법원법」이 일반 형사소송법의 개별 규정들을 좀 더 늦게 도입했기 때문에 발생했다고 말할 수 있는 것도 아닐 것이다. 왜냐하면 이들 일련의 사건들이 당시 도입되지 않았던 일반 형사소송법 규정들 때문에 국민들의

127) 『중앙일보』 2023년 8월 17일 보도 “사단장·하급간부, 누구 빼려했나…軍 뒤집은 해병수사 항명 파동”(https://www.joongang.co.kr/article/25185266#home; 최종접속일: 2023년 11월 7일); 『한겨레』 2023년 8월 9일 보도 “항명 수괴 입건 해병대 수사단장 “대통령 지시대로 수사””(https://www.hani.co.kr/arti/politics/defense/1103595.html; 최종접속일: 2023년 11월 7일); YTN 2023년 8월 9일 보도 “항명” vs “명령 무효”…국방부·해병대 수사단 총돌 ‘점입가경’”(https://www.ytn.co.kr/_ln/0101_202308090035187386; 최종접속일: 2023년 11월 7일); 『동아일보』 2023년 9월 4일 보도 “수사 외압” 주장한 장교를 항명으로 구속하려는 자체가 무리”(https://www.donga.com/news/Opinion/article/all/20230903/120999211/1; 최종접속일: 2023년 11월 7일); MBC 2023년 8월 27일 보도 “채 상병 수사, 누가 뒤집었나? - 외압과 항명”(https://imnews.imbc.com/replay/straight/6518561_28993.html; 최종접속일: 2023년 11월 7일).

분노와 군사재판에 대한 불신을 초래한 것도 아니기 때문이다(제2장 참조). 이 지점에서 제기되는 의문은 군사재판제도 자체에 내재하는 구조적인 문제로 인하여 여전히 군 수사나 기소 그리고 군사재판의 모든 단계에서 그 독립성·중립성 그리고 공정성을 충분히 담보하지 못하는 것은 아닌가라는 것이다.

이 문제는 이하에서 “제4장 군사재판제도에 관한 국제규범과 주요 외국 입법례”에 비추어 보고 2021년 개정 「군사법원법」의 문제점(제5장)에서 상세히 다루도록 한다.

제 4 장

공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

군사재판제도에 관한 국제인권규범과 주요 외국 입법례

김 유 근

제4장

군사재판제도에 관한 국제인권규범과 주요 외국 입법례

군사재판제도에 관한 국제인권규범과 주요 외국 입법례를 살펴보고자 하는데 여기에서 ① 이른바 지휘관 사법(司法)의 후퇴, ② 외부적인 시민감시(*control by civilian*), ③ 민간인에 대한 군사재판의 배제 그리고 ④ 문민화(*civilization*)의 분명한 추세를 확인할 수 있다.¹²⁸⁾

제1절 | 국제인권규범 및 원칙

군사재판에서 이른바 지휘관 사법(司法)의 후퇴, 문민화(*civilization*) 그리고 시민 통제(*control by civilian*)에 결정적인 동인이 되었던 것은 무엇보다도 국제인권규범, 특히 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(*International Covenant on Civil and Political Rights*)」¹²⁹⁾ 제14조¹³⁰⁾ 및 제26조¹³¹⁾에 정한 공정한 재판을 받을 권리와

128) *Vashakmadze, Mindia, Understanding Military Justice: A Practice Note*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), Geneva, 2018, pp. 9(https://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/Military-Justice_Practice-Note_eng.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 9일)에서는 세계적인 추세를 민간인에 대한 군사재판의 배제와 국제인권규범에 상응하는 군사재판제도의 개혁으로 나누고 있다.

129) 유엔인권최고대표사무소(*Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, OHCHR*) 홈페이지에서 열람이 가능하다(<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>; 최종접속일: 2023년 7월 9일).

130) 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제14조: “1. 모든 사람은 재판에 있어서 평등하다. 모든 사람은, 자신에 대한 범죄 혐의 또는 소송상 권리 및 의무를 확인함에 있어서, 법률에 따라 설치된 권한 있는 독립적이고 불편부당한 법원에 의한 공정하고 공개된 심리를 받을 권

적법절차의 보장에 대한 정책결정자들의 인식의 강화와 특히 유럽의 경우 일련의 유럽인권재판소의 결정으로 인한 것이었다.¹³²⁾

리를 가진다. 민주사회의 도덕, 공공질서 또는 국가안보를 이유로, 또는 당사자들의 사생활의 이익을 위하여 필요한 경우, 또는 심리의 공개가 사법정의를 해치게 될 특별한 사정이 있다고 인정되는 때에 법원이 판단하기에 엄격하게 필요한 한도 내에서 재판의 전부 또는 일부를 언론 및 대중에게 공개하지 않을 수 있다. 다만, 형사소송 또는 그 밖의 소송에서 선고되는 모든 판결은 미성년자의 이익을 위하여 필요한 경우 또는 해당 절차가 혼인관계에 관한 분쟁이나 아동 후견에 관한 절차인 경우를 제외하고는 공개되어야 한다.

2. 모든 사람은 법률에 따라 유죄가 입증될 때까지 무죄로 추정받을 권리를 가진다.
3. 형사소추를 받은 사람이라면 누구든지 자신에 대한 범죄 혐의를 확인함에 있어서 다음에 열거하는 최소한의 사항을 완전히 평등하게 보장받을 권리를 가진다.
 - (a) 자신에 대한 범죄 혐의의 성격 및 이유에 관하여 자신이 이해하는 언어로 신속하고 상세하게 고지받는 것
 - (b) 자신의 방어를 위하여 충분한 시간 및 편의를 가지고, 자신이 선임한 변호인과 연락을 취하는 것
 - (c) 부당하게 지체됨이 없이 재판을 받는 것
 - (d) 본인의 출석 하에 재판을 받으며, 직접 또는 본인이 선임한 변호인의 조력을 통하여 변호하는 것. 변호인이 없는 때에는 변호인의 조력을 받을 권리에 대하여 고지받는 것. 그리고 만약 변호인의 조력에 대한 충분한 지불수단을 가지고 있지 않다면, 사법정의를 위하여 필요하다고 인정되는 모든 경우에, 본인이 지불함이 없이 변호인을 지정받을 수 있다는 것
 - (e) 자신에게 불리한 증인을 신문하거나 신문 받도록 하는 것과 자신에게 불리한 증인과 동일한 조건 하에 자신을 위한 증인을 출석시키고 신문 받도록 하는 것
 - (f) 법정에서 사용되는 언어를 이해하지 못하거나 말할 수 없는 경우에는 무료로 통역인의 조력을 받는 것
 - (g) 자신에게 불리한 진술을 강요받거나 유죄를 자백하도록 강요받지 않는 것
4. 미성년자의 경우 소송절차는 그들의 연령과 그들의 사회복귀 증진에 무엇이 바람직한가를 고려한 것이어야 할 것.
5. 유죄판결을 받은 모든 사람은 자신의 유죄판결 및 형의 선고에 대하여 상급 법원에서 법률에 따라 심리를 받을 권리를 가진다.
6. 유죄의 확정판결을 받았으나 추후에 새로운 사실 또는 새롭게 발견된 사실로 인하여 오심이 있었음이 입증되어 유죄판결이 파기되었거나 사면을 받은 사람은, 해당 유죄판결로 인하여 처벌받았다면, 이에 대하여 법률에 따라 보상받아야 한다. 다만, 알려지지 않았던 사실이 적시에 밝혀지지 않은 것에 대한 책임의 전부 또는 일부가 그에게 있다는 사실이 입증된 경우에는 그러하지 아니한다.
7. 누구도 각국의 법률 및 형사절차에 따라 이미 확정적으로 유죄판결 또는 무죄판결을 받은 범죄에 대하여 거듭 재판을 받거나 처벌받지 아니한다.
 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제14조와 제26조의 번역은 외교부의 「조약정보」(https://www.mofa.go.kr/www/wpge/m_3835/contents.do; 최종접속일: 2023년 7월 9일)에 게재된 것을 바탕으로 수정·보완한 것이다).

131) 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제26조
 “모든 사람은 법 앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이러한 점에서 법률은 모든 차별을 금지하고, 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 의견, 민족 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 그 밖의 신분 등의 어떠한 이유에 따른 차별에 대해서도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다”.

132) Cotelea, Daniela/Alcántara, Alberto Pineda/Tempera, Cristina/Brach, Medeleine/Foisseau,

특히 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제14조는 형사절차에서의 기본적 권리, 즉 법앞의 평등, 권한있는 독립적이고 불편부당한 법원에 의한 공정하고 공개된 재판받을 권리, 공개재판을 받을 권리(Article 14 1.), 무죄추정의 원칙(2.), 자신의 혐의에 대하여 적절한 방식으로 고지받을 권리(3. (a)), 재판을 위한 준비를 할 권리와 변호인과의 접견교섭권(3. (b)), 신속한 재판을 받을 권리(3. (c)), 궤석재판의 금지, 변호인의 조력을 받을 권리와 이에 대한 고지, 소송비용을 지원받을 권리(3. (d)), 자신에게 불리한 증인에 대한 대면권과 반대신문권(3. (e)), 통역을 통한 의사소통을 할 권리(3. (f)), 자백강요금지의 원칙(3. (g)), 미성년자에 대한 배려(4.), 상급법원에 상소할 권리(5.), 유죄판결 이후 무죄가 밝혀진 때에 형사보상을 받을 권리(6.) 그리고 이중 처벌금지의 원칙(7.)에 관하여 정하고 있는데 이것은 형사 사법정의 실현을 위한 최소한의 전제조건을 규정한 것으로서 일반 형사재판뿐만 아니라 군사재판, 특히 국가비상사태와 같이 국가권력 및 군사권력이 남용될 소지가 큰 경우일수록 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제14조의 기본적 권리는 보장되어야 한다고 해석된다. 즉 유엔 인권위원회는 동 규정에 대한 해설(*General comment No. 13*)에서 많은 국가들에서 군사법원이나 특별법원이 존재하고 있다는 데에 대하여 우려를 표시하면서 군사법원 또는 특별법원에 대한 이러한 우려는 독립적이고 공정한 법원에 의한 재판의 보장과 관련된 것으로서 국가비상사태 등의 예외적인 상황 하에서의 민간인에 대한 군사재판이나 특별법원에 의한 재판일수록 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제14조에 정한 기본적 권리들이 침해될 위험이 크다는데 기인하는데 동 규정에 정한 기본적 권리들은 일반재판에서든 그리고 군사재판이나 특별재판에서든 예외없이 적용되어야 함을 밝히고 있다.¹³³⁾¹³⁴⁾ 그리고 유엔 인권위원회 제26조의 해설에서

Cedric/Ira, Giuseppe A., op. cit., p. 13.

133) *General comment No. 13*: Article 14 (Administration of justice) Paragraph 4 “..... The Committee notes the existence, in many countries, of military or special courts which try civilians. This could present serious problems as far as the equitable, impartial and independent administration of justice is concerned. Quite often the reason for the establishment of such courts is to enable exceptional procedures to be applied which do not comply with normal standards of justice..... the conditions which it lays down clearly indicate that the trying of civilians by such courts should be very exceptional and take place under conditions which genuinely afford the full guarantees stipulated in article 14.”(HRI/GEN/1/Rev.1)(<http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/hrcom13.htm>; 최종접속일: 2023년 10월 27일).

도 형사사법상의 절차적 권리와 사법심사의 보장은 국가비상사태 하에서도 제한되어서는 안 된다는 것을 재확인하고 있으며¹³⁵⁾ 유엔 인권고등판무관실이 2003년에 발간한 법관, 검사 그리고 법률가를 위한 매뉴얼 중 “제16장 국가비상사태 하에서의 사법 정의(*The administration Ofjusticeduring Statesofemergency*)”에서도 이 점을 분명히 하고 있다.¹³⁶⁾ 또한 1985년 8월 26일부터 9월 6일까지 개최된 제7차 범죄예방 및 범죄인 처우에 관한 유엔총회에서 채택된 “법의 독립의 기본원칙들(*Basic Principles on the Independence of the Judiciary*)”에서도 “어느 누구도 기존에 확립된 법적 절차를 따르는 일반법원에 의한 재판을 받을 권리를 가져야 한다. 정당하게 확립된 법적 절차를 따르지 않는 재판소를 창설하여 일반법원 또는 재판소에 속하는 재판권을 대체하려고 해서는 안 된다”¹³⁷⁾고 밝히고 있다.

그리고 이것은 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제14조와 동일한 내용을 정하고 있는 「세계인권협약(*Universal Declaration of Human Rights*)」 제10조¹³⁸⁾ 그리고 적법절차에 관하여 정한 제11조¹³⁹⁾나 「유럽인권협약(*European Convention on*

134) *General comment No. 32* Paragraph 22(CCPR/C/GC/32, 23 August 2007)(<https://digitallibrary.un.org/record/606075>; 최종접속일: 2023년 11월 9일)도 참조.

135) *General Comment No. 29 States Of Emergency (Article 4)* Paragraph 15: “It is inherent in the protection of rights explicitly recognized as non-derogable in article 4, paragraph 2, that they must be secured by procedural guarantees, including, often, judicial guarantees.” (adopted at the 1950th meeting, on 24 July 2001); Paragraph 16: “As certain elements of the right to a fair trial are explicitly guaranteed under international humanitarian law during armed conflict, the Committee finds no justification for derogation from these guarantees during other emergency situations”(CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 August 2001)(<https://digitallibrary.un.org/record/451555>; 최종접속일: 2023년 10월 27일).

136) *Office Of The High Commissioner For Human Rights In Cooperation With The International Bar Association, Professional Training Series No. 9 Human Rights In The Administration Of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, United Nations, New York/Geneva, 2003, pp. 831(<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/training9chapter16en.pdf>; 최종접속일: 2023년 10월 15일).

137) *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* Paragraph 5: “Everyone shall have the right to be tried by ordinary courts or tribunals using established legal procedures. Tribunals that do not use the duly established procedures of the legal process shall not be created to displace the jurisdiction belonging to the ordinary courts or judicial tribunals” (<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary>; 최종접속일: 2023년 11월 9일).

138) *Universal Declaration of Human Rights* Article 10 “Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him.”.

Human Rights)」 제6조의 해석에서도 달리 해석되지 않는다.

또한 군사재판의 정당성과 인권보장에 관한 주요한 자료가 되는 것이 바로 유엔 경제사회 이사회 인권위원회 인권의 증진 및 보장에 관한 소위원회가 2003년 6월 제55차 회의에서 *Université Panthéon-Assas* 대학 공법교수인 엠마누엘 데코(*Emmanuel Decaux*)에게 의뢰¹⁴⁰⁾하여 작성한 “군사재판소를 통한 정의 구현에 관한 기본원칙안(*Draft Principles Governing The Administration Of Justice Through Military Tribunals, Decaux Principles*)”¹⁴¹⁾일 것이다. 이 기본원칙안의 제1차 보고서는 2003년 6월 14일 제56차 소위원회에 제출되었고¹⁴²⁾ 2006년 1월 13일 제62차 이사회 인권위원회에서 수정을 거쳐 기본원칙안으로 채택되었다(E/CN, 4/2006/58).¹⁴³⁾ 그리고 200

139) *Universal Declaration of Human Rights* Article 11 “1. Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.

2. No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed”.

140) *United Nations Economic and Social Council Commission on Human Rights Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, ADMINISTRATION OF JUSTICE Issue of the administration of justice through military tribunals Report submitted by Mr. Emmanuel Decaux pursuant to Sub-Commission decision 2002/103, 27 June 2003*(E/CN.4/Sub.2/2003/4)(chrome-extension://efaidnbmnnpbpcjpcglclefindmkaj/https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/149/01/PDF/G0314901.pdf?OpenElement; 최종접속일: 2023년 10월 13일).

141) “군사재판소를 통한 정의 구현에 관한 기본원칙안”의 원문과 번역문은 군인권센터 홈페이지에서 열람할 수 있다(<https://www.mhrk.org/what-we-do/resource-view?id=3104>; 최종접속일: 2023년 10월 13일).

142) *United Nations Commission On Human Rights Economic and Social Council Commission On Human Rights Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Administration Of Justice, Rule Of Law And Democracy Issue of the administration of justice through military tribunals, 14 June 2004*(Emmanuel Decaux)(E/CN, 4/Sub.2/2004/7)(<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/148/81/PDF/G0414881.pdf?OpenElement>; 최종접속일: 2023년 10월 13일).

143) *United Nations Commission On Human Rights Economic and Social Council Commission on Human Rights Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Civil And Political Rights, Including The Question Of Independence Of The Judiciary, Administration Of Justice, Impunity: Issue of the administration of justice through military tribunals, DRAFT PRINCIPLES GOVERNING THE ADMINISTRATION OF JUSTICE THROUGH MILITARY TRIBUNALS* 13 January 2006(Emmanuel Decaux)(E/CN, 4/2006/58)(<https://digitallibrary.un.org/record/571377>; 최종접속일: 2023년 10월 13일)(이하 각주에서는 “*Draft (2006): Decaux Principles*”이라 한다).

3년에 제출된 보고서는 2005년 4월 20일 이사회 인권위원회의 제61차 회의에서 결의안 “사법체계의 통일성(*Integrity of the judicial system*)”(RES/2005/30)¹⁴⁴⁾과 “사법부, 배심원, 감정인의 독립성과 불편부당함 그리고 법률가의 독립성(*Independence and impartiality of the judiciary, jurors and assessors and the independence of lawyers*)”(E/CN.4/RES/2005/33)¹⁴⁵⁾이 채택되는데 많은 영향을 끼쳤다고 한다.¹⁴⁶⁾¹⁴⁷⁾

이 데코의 기본원칙안은 군사법원의 헌법상 근거를 비롯하여 국제법과 국제인권법의 준수, 민간인에 대한 군사법원의 자제, 권한있는 독립적이고 불편부당한 법원에 의한 공정한 재판의 보장, 절차적 기본권의 보장 그리고 군사사법에 관한 법령의 통제 등에 관하여 총 20개의 사항에 걸쳐 기본원칙안을 제시하고 있다.

그런데 여기에서 특히 주목할 만한 것은 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」에 관한 유엔 인권위원회의 해설서나 결의안 등에서 일반 사법체계의 통일적인 구성 부분으로서의 군사법원(*an integral part of the general judicial system*)에 관하여

144) *United Nations Commission On Human Rights Economic and Social Council Commission on Human Rights, Integrity of the judicial system, Human Rights Resolution 2005/30*, 20 April 2005(RES/2005/30)(https://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-30.doc; 최종접속일: 2023년 10월 13일).

145) *United Nations Commission On Human Rights Economic and Social Council Commission on Human Rights, Independence and impartiality of the judiciary, jurors and assessors and the independence of lawyers Resolution 2005/33*, 20 April 2005(E/CN.4/RES/2005/33)(https://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-33.doc; 최종접속일: 2023년 10월 13일)

146) *RES/2005/30*, p.2.

147) 그 후 2018년에는 데코원칙을 업데이트한 예일 기본원칙안(The Yale Draft)이 제시되기도 했다. *Decaux Principles Workshop, The Yale Draft*, 2018(<https://www.court-martial-ucmj.com/files/2018/06/The-Yale-Draft.pdf>;); 이에 관한 것은 *VanLandingham, Rachel E./Jasutis, Grazvydas/Cernejute, Kristina, Military Justice*, DCAF - Geneva Centre for Security Sector Governance, 2023, p. 10(<https://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/MilitaryJusticeFundamentals.pdf>; 최종접속일: 2023년 10월 15일). 그리고 2019년에는 군사재판의 기본원칙에 상응하여 징계절차에 대한 기본원칙인 “군 징계절차에 관한 예일 원칙안(2019 Yale Draft Principles for Military Summary Proceedings)”이 제시되기도 했다. *2019 Yale Draft Principles for Military Summary Proceedings*, 2019(https://puc.overheid.nl/PUC/Handlers/DownloadBijlage.ashx?puclid=PUC_311298_11_1&bestand=Bijlage_bij_bijdrage_Tijd_om_het_militair_tuchtrecht_te_evalueren.pdf&bestandsnaam=Bijlage+bij+bijdrage+Tijd+om+het+militair+tuchtrrec.pdf; 최종접속일: 2023년 11월 7일); 이에 관한 상세한 소개는 *VanLandingham, Rachel E./Jasutis, Grazvydas/Cernejute, Kristina, Military Justice*, DCAF - Geneva Centre for Security Sector Governance, 2023, pp. 10(<https://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/MilitaryJusticeFundamentals.pdf>; 최종접속일: 2023년 10월 15일).

언급하고 있다는 것이다.

즉 앞서 언급한 유엔 경제사회 이사회가 채택한 “기본원칙안”이 “헌법과 법률에 의한 군사법원의 설치”에 관하여 정한 첫 번째 원칙(Principle No. 1)에서 사법체계 및 사법정의의 통일성(*the unity of justice*)에 관하여 언급하면서 군사법원은 일반사법체계의 밖에 설치되어서는 안 되며 일반 사법체계를 구성하는 일부분이어야 한다는 점을 기본원칙안 여러 곳에서 강조하고 있다.¹⁴⁸⁾

또한 유엔 경제사회 이사회 인권위원회의 2005년 4월 20일 결의안 “사법시스템의 통합” Paragraph 8,¹⁴⁹⁾ 2013년 8월 7일 유엔 특별보고서,¹⁵⁰⁾ 2014년 4월 10일¹⁵¹⁾ 및 2016년 3월 23일¹⁵²⁾ 유엔 총회의 결의안은 군사법원은 한 국가의 통일적인 일반 사법체계의 일부분으로서 존재하여야 하며(*an integral part of the general judicial system*) 일반 사법체계로부터 분리된 특수한 사법체계여서는 안 된다는 점 그래서 그런 만큼 사법체계에서 인정되는 절차적 기본권뿐만 아니라 법원의 독립성·중립성 그리고 공정성은 군사법원에도 그대로 적용되어야 한다는 점을 확인하고 있다.

그리고 「유럽인권협약(*European Convention on Human Rights*)」 제6조에 정한 공정한 재판을 받을 권리에 대한 해석가이드¹⁵³⁾에서는 군사재판에서의 재판관이 자

148) *Draft(2006): Decaux Principles* Introduction Paragraph 3, 10, Principle No. 1 (‘‘... They must be an integral part of the general judicial system ...’’), 17 Paragraph 8.

149) *RES/2005/30* Paragraph 8: “Calls upon States that have military courts or special criminal tribunals for trying criminal offenders to ensure that such courts are an integral part of the general judicial system and that such courts apply due process procedures that are recognized according to international law as guarantees of a fair trial, including the right to appeal a conviction and a sentence”(https://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-30.doc; 최종접속일: 2023년 10월 15일).

150) *United Nations General Assembly, Independence of judges and lawyers, 7 August 2013(A/68/285)*, Paragraph 15, 88(https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/421/29/PDF/N1342129.pdf?OpenElement; 최종접속일: 2023년 10월 15일).

151) *United Nations General Assembly, Resolution adopted by the Human Rights Council on 10 April 2014, 25/4, Integrity of the judicial system(A/HRC/RES/25/4)*, Paragraph 1, 2, 10, 12(chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/133/43/PDF/G1413343.pdf?OpenElement; 최종접속일: 2023년 10월 15일).

152) *United Nations General Assembly, Resolution adopted by the Human Rights Council on 23 March 2016, 31/2. Integrity of the judicial system(A/HRC/RES/31/2)*, Paragraph 1, 2, 14(https://digitallibrary.un.org/record/836557; 최종접속일: 2023년 10월 15일).

153) *The European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (criminal limb)*, Updated on 31 August 2022(https://

신의 임명권자 및 지정권자와 상하 지휘계통에 있는 한 공정한 재판을 기대할 수 없으며 이것은 「유럽인권협약」 제6조에 정한 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이라고 밝히고 있다.¹⁵⁴⁾

그런데 이러한 국제인권규범들은 주요 외국 입법례가 문민화로 이행하도록 한 결정적인 역할을 하게 되는데 그것도 공정한 재판을 받을 권리와 관련하여 “일반 사법체계의 통일적 구성요소의 일부분으로서의 군사법원체제(*an integral part of the general judicial system*)”라는 관념은 여러 국가들로 하여금 군사법원을 폐지하는 동인들 중의 하나가 되었다. 이하에서는 이러한 주요 외국 입법례들에 관하여 살펴보도록 한다.

www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_6_criminal_eng; 최종접속일: 2023년 10월 20일).

154) *The European Court of Human Rights, ibid.*, Paragraph 138(pp. 30).

제2절 | 주요 외국 입법례에서의 군사재판의 일반 형사소송절차로의 접근

아래의 표는 주요 외국 입법례에서 군 형사사법절차가 어떻게 일반 형사사법절차로 접근해 나가고 있는가를 개별 국가별로 군사법원, 군검찰 그리고 군경찰의 지위와 역할에 따라 간략하게 정리한 것이다.

▶▶▶ [표 7] 주요 외국 입법례에서의 군 형사사법절차의 일반 형사사법절차로의 접근*

국가	군사법원	군검찰	군경찰
우리나라	- 국방부 소속	- 국방부 소속 군검찰단	- 독립된 군사법경찰부대가 있는 것이 아니라 각 부대 군사법경찰관
	- 특정범죄를 제외하고 보통 군사법원 - 특정범죄(제2조 제2항 각 호)의 재판권은 일반법원	- 대검찰청, 고위공직자범죄 수사처, 사법경찰로 사건 이첩(「군사법원법」 제286조, 제228조 제3항「법원이 재판권을 가지는 군인 등의 범위에 대한 수사절차 등에 관한 규정」 제7조) - 「군사법원법」 제2조 제4항의 경우 제외(「법원이 재판권을 가지는 군인 등의 범위에 대한 수사절차 등에 관한 규정」 제6조)	
	- 원칙적으로 3심제 - 평시 항소심은 일반법원 - 그러나 공소유지는 고등검찰부가 수행(「군사법원법」 제36조 제4항)(전시 항소심은 고등군사법원) - 상고심: 대법원		
	- 상소제한(「헌법」 제110조 제3항; 「군사법원법」 제534조, 제406조 단서)		
미국	- 1심 재판관은 군법무관, 배심원은 군인 - 군사법원은 3심 그리고 연방법원의 사법심사까지도 가능(실질적으로 4심)	- 각 군에 독립된 군검찰단 설치	- 일반적으로 각 군에 군경찰부대 설치

110 공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

국가	군사법원	군검찰	군경찰
	<ul style="list-style-type: none"> - 군사상고심(CAAF) 재판관은 5인의 민간인 판사로 구성되며 대통령이 임명 (10 USC (UCMJ) § 942. ARTICLE 142. Judges) - 재판의 독립성과 공정성 (UCNJ 826. Article 26 Military Judge of a General or Special Court-Martial, 837. Article 37. Unlawfully influencing Action of Court)을 해한 경우 경우에 따라서는 윤리강령위반을 넘어 수사의 대상이 될 수 있음(Manual for Cort-Martial(MCM)¹⁵⁷ Rule 109(a), (c)(2)).¹⁵⁸) - 군 형사사법절차 전반에 걸쳐 관할관(Convening Authorities, CA)이 권한과 영향력(수사지휘, 기소 재량, 1심 및 항소심 군사법원 판결의 심사권(형량 감경권 등) 등을 가짐 - 그러나 2013년 개정에 의하여 예컨대 성폭력범죄 등 특정범죄에 대해서는 관할관의 기소재량과 형량 감경권을 제한하였음(10 USC (UCMJ) § 860a. Art. 60a, §860b. Art. 60b, §860c. Art. 60c). - 평시에도 일반 「형사소송법」에 대한 「군형사소송법」의 특례규정들이 있음. 	<ul style="list-style-type: none"> - 관할관(CA)의 관여 제한 (2013, 2016) - 검사의 행동강령¹⁵⁵에 상응하여 군검찰의 공정한 수사·기소를 위한 행동강령 마련(MCM Appendices 2.1. Non-Binding Disposition Guidance)¹⁵⁶) 	<ul style="list-style-type: none"> - 관할관(CA)의 관여 제한 (2013, 2016)
영국	<ul style="list-style-type: none"> - 재판관은 법관임용위원회에 의하여 임명된 민간인 판사 - 관할관제도 폐지 - 배심원 <ul style="list-style-type: none"> • 군인 등에 대한 군사재판: 군인 • 민간인에 대한 군사재판: 민간인 	<ul style="list-style-type: none"> - 기소를 군 지휘계통으로부터 독립 - 독립된 군검찰단 설치 (2006) - 법무부장관의 일반적 감독 	<ul style="list-style-type: none"> - 수사를 군 지휘계통으로부터 독립 - 군경찰을 부대조직으로부터 독립(2011) - 왕립경찰사찰단의 감독 - 수사심의위원회(Service Police Complaints Commissioner) 설치 (2021)

국가	군사법원	군검찰	군경찰
	일반법원의 양형기준을 적용(2003)		
대만	- 2013년 평시 군사법원 폐지	× (평시)	- 국방부 산하에 설치, 군 지휘계통으로부터 독립 (憲兵指揮部, Military Police Command) ¹⁵⁹⁾
		- 전시 군검찰이 군경찰 지휘·감독	- 종래 군경찰은 경찰력이 미치지 않는 지역에서 일반경찰과 함께 경찰활동을 하고 있었음. - 평시 군경찰은 군사시설경계, 질서유지, 군부대이동시의 교통정리 등 - 범죄수사는 원칙적으로 일반경찰이 담당하지만 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사하기도 함.
독일	- 평시에는 일반법원 군사재판부에서 재판	× (평시)	- 범죄수사는 원칙적으로 일반사법경찰이 수행 - 평시 군경찰은 군사시설경계, 질서유지, 군부대이동시의 교통정리, 군대에서의 중대한 사고(훈련 중, 교통사고 등)의 수사
덴마크	- 일반법원에서 군사재판 - 약식명령은 지휘관이 심판 - 약식절차 대상행위는 범죄가 아닌 행위임 ¹⁶⁰⁾	- 지휘계통으로부터 독립된 군검찰단(Danish Military Prosecution Service) 설치, 지휘계통과 독립(2005) ¹⁶¹⁾ - 군검사는 주로 검찰청에서 그리고 군수사관은 경찰청에서 선발 ¹⁶²⁾ - 지휘관과 군검사의 임무는 명확히 구분: 지휘관 - 군기 위반 수사 및 처벌, 군검사 - 군사범죄 수사 및 기소 ¹⁶³⁾ - 군형사소송절차와 일반 형사소송절차 동일, ¹⁶⁴⁾ 적용 대상만 차이 ¹⁶⁵⁾	- 일반사법경찰관이 수사
스위스	- 모든 심급에 군사법원 설치 - 1심에 재판관으로 참여하는 군인은 법조교육·변호사자격증 요하지 않음. - 평시에도 일반 「형사소송법」에 대한 「군형사소송법」의 특례규정들이 있음.	- 군 사법부(Militärjustiz)에 수사법관 및 군검찰(Auditor) 설치 - 군검찰은 군사법원로부터 독립	- 각 부대에 설치 - 군 지휘계통으로부터 독립되어 있지 않음. - 군인범죄 수사

112 공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

국가	군사법원	군검찰	군경찰
네덜란드 ¹⁶⁶⁾	<ul style="list-style-type: none"> - 일반법원 군사재판부로 이관(1991) - 그러나 재판관으로서 군인 참여 - 재판관으로 참여하는 군인은 법조교육·변호사자격증 요하지 않음. 	<ul style="list-style-type: none"> - 기소를 군 지휘계통으로부터 독립 - 일반 검찰로 이관 - 군사경찰 감독 	<ul style="list-style-type: none"> - 수사를 군 지휘계통으로부터 독립 - 각 군의 군사경찰을 폐지하고 3군 외 독립된 군사경찰단 설치(1998)
이탈리아 ¹⁶⁷⁾	<ul style="list-style-type: none"> - 이탈리아 「헌법」 제103조 제4항은 평시 군사법원의 재판권에 관하여 그리고 제108조에 군판사와 군사기관의 독립성에 관하여 정하고 있음.¹⁶⁸⁾ - 1심 및 항소심 군사법원 - 그러나 모든 심급의 군판사는 민간인으로 구성하여 군 지휘계통으로부터 독립(1981)¹⁷⁰⁾ - 1989년 제정된 「신형사소송법」이 「군형사소송법」에 그대로 적용.¹⁷¹⁾ - 2005년 징병제 폐지 후 군사법원 폐지론 대두¹⁷²⁾ 	<ul style="list-style-type: none"> - 군검사는 민간인으로 구성하여 군 지휘계통으로부터 독립(1981)¹⁶⁹⁾ 	<ul style="list-style-type: none"> - 각 부대의 군경찰을 군사법기관으로 통합
핀란드	<ul style="list-style-type: none"> - 평시 군사법원 폐지(2001)¹⁷³⁾ - 전시 1심 및 항소심은 군사법원에서 상고심은 대법원에서 재판 - 모든 심급에 군인 참여 - 재판관으로 참여하는 군인은 법조교육·변호사자격증 요하지 않음. 	<ul style="list-style-type: none"> - 기소를 군 지휘계통으로부터 독립 - 군검찰로부터 일반 검찰로 이관(2001)¹⁷⁴⁾ - 영국과 마찬가지로 군인범죄에 대한 중립적인 기소를 위하여 핀란드는 2001년에 군검찰(군법무관)로부터 검찰로 이관하였다고 한다.¹⁷⁵⁾ 	<ul style="list-style-type: none"> - 군인범죄 수사 - 군사시설물 경계 등
호주 ¹⁷⁶⁾	<p>2007년에 새로운 상설 군사법원(Australian Military Court, AMC)이 설치되었으나 2009년 호주 최고법원이 위헌결정¹⁷⁷⁾을 내리자 2010년과 2012년에 새로운 군사법원법안이 발의되기도 하였음.¹⁷⁸⁾ 현재는 임시적으로 상설 군사법원 도입 이전의 비상설 군사법원체계로 유지되고 있음. 현재 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCP)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 각 군의 지휘계통으로부터 독립된 군검찰단 설치(2005) 	<ul style="list-style-type: none"> - 독립된 경찰부대로 설치(Royal Australian Corps of Military Police)

국가	군사법원	군검찰	군경찰
	법원과의 조화가 논란이 되고 있음. ¹⁷⁹⁾		

- 155) *The United States Department of Justice, Justice Manual*, "TITLE 9: CRIMINAL"(https://www.justice.gov/jm/title-9-criminal; 최종접속일: 2023년 7월 9일).
- 156) 이에 관한 것은 *Fidell, Eugene/Hillman, Elizabeth/Kastenber, Joshua/Rosenblatt, Franklin/Sullivan, Dwight, Military Justice: Cases and Materials*, 3rd Edition, Carolina Academic Press, Noth Carolina, 2020, pp. 34.
- 157) *U.S. Joint Service Committee on Military Justice, Manual For Courts-Martial(MCM) United States(2019 Edition)*(https://jsc.defense.gov/Portals/99/Documents/2019%20MCM%20(Final)%20(20190108).pdf?ver=2019-01-11-115724-610; 최종접속일: 2023년 7월 9일).
- 158) 이에 관한 상세한 것은 *Fidell, Eugene/Hillman, Elizabeth/Kastenber, Joshua/Rosenblatt, Franklin/Sullivan, Dwight, Military Justice: Cases and Materials*, 3rd Edition, Carolina Academic Press, Noth Carolina, 2020, pp. 515.
- 159) 대만 국방부 조직도 참조(https://www.mnd.gov.tw/English/Publish.aspx?p=74731&title=About%20MND&SelectStyle=Ministry%20of%20National%20Defense; 최종접속일: 2023년 10월 9일). 그 밖에 대만 헌병지휘부 홈페이지 참조(https://afpc.mnd.gov.tw/en/AboutUs/About_Info.aspx?ID=40043&CID=11; 최종접속일: 2023년 10월 9일).
- 160) *Danish Ministry of Defence Military Prosecution Service, 2020 The Danish Military Justice System*, 2020, p. 15(https://www.fauk.dk/globalassets/fauk/dokumenter/2020/-the-danish-military-justice-system-2020-.pdf; 최종접속일: 2023년 10월 9일)
- 161) *Danish Ministry of Defence Military Prosecution Service, ibid., p. 18; Cotelea, Daniela/Alcántara, Alberto Pineda/Tempera, Cristina/Brach, Medeleine/Foisseau, Cedric/Ira, Giuseppe A., The Role of Military Courts Across Europe: A Comparative Understanding of Military Justice Systems*, FINABEL European Army Interoperability Center, 2021.5., pp. 7(https://finabel.org/wp-content/uploads/2021/06/20.-The-role-of-Military-Courts-across-Europ.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 9일).
- 162) *Danish Ministry of Defence Military Prosecution Service, op. cit., p. 19; Cotelea, Daniela/Alcántara, Alberto Pineda/Tempera, Cristina/Brach, Medeleine/Foisseau, ibid., p. 8.*
- 163) *Cotelea, Daniela/Alcántara, Alberto Pineda/Tempera, Cristina/Brach, Medeleine/Foisseau, ibid.*
- 164) 덴마크 「군형사소송법(Military Administration of Justice Act)」 § 1은 특별히 달리 정하지 않는 경우에는 형사소송과 관련해서는 일반 「형사소송법(Administration of Justice Act)」을 적용한다고 규정하고 있다. *Danish Ministry of Defence Military Prosecution Service, op. cit., p. 8.*
- 165) *Cotelea, Daniela/Alcántara, Alberto Pineda/Tempera, Cristina/Brach, Medeleine/Foisseau, ibid.*
- 166) 네덜란드의 군 형사사법개혁에 관한 것은 *van Hoek, Bas, "11 - Military criminal justice in the Netherlands: the 'civil swing' of the military judicial order"*, in: *Duxbury, Alison/Groves, Matthew, Military Justice in the Modern Age*, Cambridge University Press, 2016, pp. 218.
- 167) 이탈리아의 군 사법체계에 관한 것은 *Block, di Maurizio, "The military jurisdiction in the Italian judiciary system"*, in: *Rivista di Diritto e Procedura Penale Militare*, Numero 4 - Anno 2019, pp. 1(https://www.difesa.it/Giustizia_Militare/rassegna/Bimestrale/2019/Documents/4_2019/RGM_4_2019.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 8일).

이상의 표를 살펴보면 군사재판절차의 일반 형사소송절차에로의 접근이라는 분명한 경향을 엿볼 수 있는데 그것은 스위스를 제외하고는 표에 열거된 국가들은 평시 군사법원을 폐지하거나 군사법원을 유지하고 있는 입법례에서는 일반 형사소송절차에로의 접근해 나가고 있다는 점이다. 특히 대부분의 국가들이 군사법경찰과 군검찰을 군의 지휘계통으로부터 독립시키기 위하여 많은 노력을 기울이고 있으며 군사법원의

-
- 168) 이탈리아 「헌법」의 영어 번역본은 이탈리아 의회 홈페이지에서 열람할 수 있다(https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 8일).
- 169) *Block, di Maurizio, ibid.*
- 170) *Block, di Maurizio, op. cit.*, p. 3.
- 171) *Block, di Maurizio, ibid.*
- 172) *Block, di Maurizio, ibid.*
- 173) *Cotelea, Daniela/Alcántara, Alberto Pineda/Tempera, Cristina/Brach, Medeleine/Foisseau, Cedric/Ira, Giuseppe A., op. cit.*, P. 19.
- 174) *Cotelea, Daniela/Alcántara, Alberto Pineda/Tempera, Cristina/Brach, Medeleine/Foisseau, Cedric/Ira, Giuseppe A., op. cit.*, p. 19; *Vashakmadze(2011), op. cit.*, p. 14.
- 175) *Vashakmadze(2011), Mindia, ibid.*, p. 14.
- 176) 호주의 군사법원에 관한 상세한 것은 *Cronan, Paul*, “13 - A threatened existence - the operation and adaptation of military discipline in Australia”, in: *Duxbury, Alison/Groves, Matthew, Military Justice in the Modern Age*, Cambridge University Press, 2016, pp. 260; *Tarant, John*, “14 - Human rights and Australian’s military justice”, in: *Duxbury, Alison/Groves, Matthew, ibid.*, pp. 281; *Denton, David H, A Proposed New Military Justice Regime For The Australian Defence Force During Peacetime And In Time Of War*, The University of Western Australia, 2019, pp. 14(<https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=816116074064003017093023092075023081024036042028091005105064118026092074091074093126009003116014006009030064118029097105097083114026028080092006064096114110102085090081005076083065123125027102093097085075120065117100087114071103084080120112100006007068&EXT=pdf&INDEX=TRUE>; 최종접속일: 2023년 7월 9일); *Denton, David H./Hon Justice Garde, The Chapter III problem - Reimagining the Australian Military Justice System, “A proposal for a new military justice regime for the Australian Defence Force to operate in peacetime and in time of war”*, 14 September 2022, pp. 6(<https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=778127031007078081005092117031089026052002093065027039103118108064007079092108072068110106060011059022008030090068098080111090122019094003010006027115112082113098101095030063100108002020081125114124082113006111102084098125116108088102102123010022009120&EXT=pdf&INDEX=TRUE>; 최종접속일: 2023년 10월 27일).
- 177) *Lane v. Morrison* (2009) 239 CLR 230 (26 August 2009). 이에 관한 상세한 것은 *Cronan, Paul*, *op. cit.*, pp. 276
- 178) *Denton, David H, op. cit.*, pp. 144; *Denton, David H./Hon Justice Garde, op. cit.*, pp. 6; *Denton, David H, op. cit.*, pp. 144; *Tarant, John, op. cit.*, pp. 287.
- 179) *Tarant, John, ibid.*, p. 283

재판관을 민간인 법관으로 구성하려고 노력하고 있다. 예컨대 영국은 군사경찰과 군 검찰을 각 부대의 지휘계통으로부터 독립시키는 한편 군이 아닌 법무부와 왕립검찰청의 지휘·감독을 받도록 하고 있을 뿐만 아니라 공정한 재판을 받을 권리에 반한다는 이유로 관할관제도를 폐지하는 한편 군사법원의 재판관을 민간인 법관으로 임명하도록 하고 있다. 전통적으로 관할관의 권한이 강한 미국에서조차 일련의 개혁노력을 통하여 관할관의 권한을 대폭 축소시켰으며 항소심 재판관을 민간인 법관으로 구성하도록 하고 있다.

이상의 개별 입법례를 법원의 심급에 따라 구분하면 아래의 표와 같다. 이 때 일반법원에서 군인범죄를 재판한다는 것은 군사법원을 폐지했다는 것을 의미한다.

▶▶▶ [표 8] 주요 외국 입법례에서의 심급에 따른 평시 군사법원의 재판권의 비교

1심	군사법원		일반법원	
	1심 및 항소심 (상고심-대법원)	모든 심급	특수부 (군사재판부)	일반
	- ① 영국(재판관은 민간인 판사), ② 독일(전시, 재판관은 민간인 판사), ③ 프랑스(전시), ④ 핀란드(전시), ¹⁸⁰⁾ ⑤ 이탈리아 ¹⁸¹⁾ (전시) ¹⁸²⁾ , ⑥ 호주, ¹⁸³⁾ ⑦ 스페인(평시 군기 위반 등 전형적인 군범죄, 전시 대상범죄 확대) ¹⁸⁴⁾	- ① 스위스, ② 대만(전시)(제 17조) - ③ 미국(그러나 연방대법원(Supreme Court)의 사법심사까지도 받을 수 있음. 실질적으로 4심) ¹⁸⁸⁾ - 미국의 경우 항소심 재판관은 민간인 판사 5인	- ① 독일(해외파병군인), ② 프랑스(2011, 해외파병군인), ③ 네덜란드(1991)(군인 참여), ④ 포르투갈, ⑤ 체코(1993), ⑥ 튀니지 등	- 평시 군사법원 폐지: ① 대만(2013), ② 독일(평시), ③ 프랑스(평시), ④ 덴마크, ⑤ 스웨덴, ⑥ 노르웨이, ⑦ 벨기에(평시, 2003), ⑧ 에스토니아, ⑨ 튀지니(특정범죄 제외), ⑩ 포르투갈, ¹⁸⁵⁾ ⑪ 슬로바키아, ⑫ 라트비아, ⑬ 체코(평시), ⑭ 오스트리아, ¹⁸⁶⁾ ⑮ 핀란드(평시), ⑯ 아르헨티나(평시, 2009) ¹⁸⁷⁾
	- 영국, 미국, 덴마크: 약식절차(summary)			- 슬로베키아, 라트비아, 체코는 군사법원 폐

군사법원			일반법원	
1심	1심 및 항소심 (상고심-대법원)	모든 심급	특수부 (군사재판부)	일반
	order) - 지휘관이 담당. 대상행위는 범죄가 아니며 일종의 행정심판임. - 우리나라 약식절차와 성격이 전혀 다름.			지 ¹⁸⁹⁾ - 그 밖의 국가들은 평시 군사법원 폐지 ¹⁹⁰⁾
우리나라 • 전시 등 비상계엄 시: ① 보통 군사법원(단심), ② 사형을 선고한 판결에 대해서만 상소 허용(「헌법」 제110조 제3항; 「군사법원법」 제534조, 제406조 단서)	- 우리나라 • 평시: ① 1심-군사법원, 그러나 특정사건의 경우 민간법원, ② 항소심-고등법원, ③ 상고심: 대법원			- 우리나라 평시: 성폭력범죄, 군인 등 범죄의 원인이 되는 사망사건, 군인신분 취득 전 범죄(특정사건)

- 180) 상고심의 경우 재판관으로서 2명의 군인이 참여한다.
- 181) 이탈리아의 군 사법체계에 관한 것은 *Block, di Maurizio*, "The military jurisdiction in the Italian judiciary system", in: *Rivista di Diritto e Procedura Penale Militare*, Numero 4 - Anno 2019, pp. 1(https://www.difesa.it/Giustizia_Militare/rassegna/Bimestrale/2019/Documents/4_2019/RGM_4_2019.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 8일).
- 182) 이탈리아 「헌법」 제103조 제4항, 제108조. 군사법원은 전시에 군 관련범죄에 대해서만 재판권을 가진다.
- 183) 2009년 호주 최고법원이 당시 새롭게 만들어진 군사법원(*Australian Military Court*)에 대하여 위헌결정(*Lane v. Morrison* (2009) 239 CLR 230 (26 August 2009))을 내리자 현재는 2009년 이전의 군사법원체제로 돌아갔으며 군사법원관련 법률의 개선작업이 진행 중이라고 한다. 이에 관한 상세한 것은 *Denton, David H./Hon Justice Garde, The Chapter III problem - Reimagining the Australian Military Justice System. "A proposal for a new military justice regime for the Australian Defence Force to operate in peacetime and in time of war"*, 14 September 2022, pp. 6(<https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=77812703100707808100509211703108902605200209306502703910311810806400707909210807206811010606001105902200803009006809808011109012201909400301000602711511208211309810109503006310010800202008112511412408211300611110208409812511610808810210212301022009120&EXT=pdf&INDEX=TRUE>; 최종접속일: 2023년 10월 27일).
- 184) 스페인 「헌법」 제117조 제5항.
- 185) 포르투갈 「헌법」 제213조. 군사법원은 전시에 군 관련범죄에 대해서만 재판권을 가진다.
- 186) 오스트리아 「헌법」 84조 "군사법원은 전시를 제외하고는 이를 폐지한다". 이에 관한 상세한

이상의 표에서 알 수 있는 것은 많은 입법례들이 평시 군사법원을 폐지함으로써 군 형사사법권력에 대한 시민통제를 강화하고 있다는 점, 즉 분명한 문민화의 경향이 다. 그리고 특기할 사항은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태라고 하더라도 상급법원에 상소할 권리를 제한하고 있는 입법례는 본 조사대상에서는 우리나라 외에 찾아 볼 수 없었다는 점이다.

이상의 표에 내용을 바탕으로 군사법원을 민디아 바샤크마제(Mindia Vashakmadz e) 교수의 구분에 따라 구분하면 아래의 표와 같이 순수군사법원모델, 혼합모델, 순수 일반사법모델로 나눌 수 있으며 혼합모델은 다시 구조적인 혼합형과 관할상 혼합형으로 구분할 수 있다.

▶▶▶ [표 9] 배타적 재판관할권의 구별에 따른 군사법원체계의 모델(평시)*

	순수 군사사법모델 (Purely military systems)**	혼합모델 (Hybrid systems)		순수 일반사법모델 (Purely civilian model)
		구조적인 혼합형 (Structurally hybrid model)	관할상 혼합형 (Jurisdictionally hybrid model)	
특징	군사재판소가 군사범죄 전반을 배타적으로 관할	일반법원에 구성원을 변경한 특별부를 설치	일반 법원과 군사법원의 관할이 경합. 범죄의 중대성, 발생장소, 피해자의 신분,	일반 법원이 군사범죄 전반을 재판

것은 *Lichtenwagner, Mathias*, "Militärgerichtsbarkeit in Österreich im Wandel der Zeit", in: *Bezirksmuseum Josefstadt (Hrsg.), 175 Jahre Gerichtsbarkeit in der Josefstadt. Ein Begleitheft zur Ausstellung im Bezirksmuseum Josefstadt*, Wien 2014, S. 53 ff. (https://deserteursdenkmal.at/wordpress/wp-content/uploads/2014/02/Layout-1-Lichtenwagner_Militaergerichtsbarkeit-in-%C3%96sterreich-im-Wandel-der-Zeit.pdf; 최종접속일: 2023년 10월 27일). 오스트리아는 오스트리아-헝가리 제국과 제2차 세계대전 독일군 점령기 외에는 군사법원은 설치된 바가 없다고 한다. *Lichtenwagner, Mathias*, S. 53.

- 187) *Cerna, Christina M.*, "16 - The inter-American system and military justice", in: *Duxbury, Alison/Groves, Matthew, Military Justice in the Modern Age*, Cambridge University Press, 2016, pp. 343.
- 188) 미국의 경우 ① Court-martial, (관할관의 확인(review by convening authority) 후), ② Army Court of criminal appeals(항소심), ③ Court of Appeals for the Armed Forces(상고심)(10 USC (UCM)) § 867a Article 67(a): 28 U.S.C. § 1651) 그리고 ④ Supreme Court(28 U.S.C. § 1259).
- 189) *Cotelea, Daniela/Alcántara, Alberto Pineda/Tempera, Cristina/Brach, Medeleine/Foisseau, Cedric/Ira, Giuseppe A., op. cit.*, p. 13.
- 190) *Cotelea, Daniela/Alcántara, Alberto Pineda/Tempera, Cristina/Brach, Medeleine/Foisseau, Cedric/Ira, Giuseppe A., ibid.*

	순수 군사사법모델 (Purely military systems)**	혼합모델 (Hybrid systems)		순수 일반사법모델 (Purely civilian model)
		구조적인 혼합형 (Structurally hybrid model)	관할상 혼합형 (Jurisdictionally hybrid model)	
			평시·전시의 여부 등 다양한 요소에 따라 재판권 결합	
입법례	① 아제르바이잔, ② 룩셈부르크, ③ 폴란드, ④ 스위스, ⑤ 튀르키예	① 네덜란드, ② 이탈리아, ③ 포르투갈(평시), ④ 핀란드(평시) ※① 우리나라(평시 항소심은 고등법원); ② 미국(군 항소심 재판관은 민간인 법관), ③ 영국(재판관은 민간인 법관), ④ 독일(전시 군사법원 재판관은 민간인 법관)	① 프랑스, ② 영국, ③ 미국, ④ 호주, ¹⁹¹⁾ ⑤ 우리나라(전시·평시의 재판관할권 구분, 성폭력범죄, 군인 등 사망사건, 군인 신분 취득 전 범죄)	① 덴마크, ¹⁹²⁾ ② 독일(평시, 해외파병의 경우 일반법원의 특별군사재판부), ③ 노르웨이(평시), ¹⁹³⁾ ④ 스웨덴, ⑤ 벨기에(해외 파병의 경우 군사법원), ⑥ 에스토니아, ⑦ 튀지니(특정범죄 제외)

*이 표는 山田裕之, 前掲論文, 95頁에 있는 “表 1”을 수정·보완하여 옮겨 놓은 것이다(山田裕之, 앞의 글, 95頁에 있는 “表 1”는 Vashakmadze, Mindia, Guidebook Understanding Military Justice, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), 5 June 2011, p. 12 “Table 2: Different models of court organisation and jurisdiction”(https://www.dcaf.ch/index.php/guidebook-understanding-military-justice; 최종접속일: 2023년 6월 29일)을 수정·보완한 것이라고 한다. 수정·보완할 때 참고한 문헌은 Vashakmadze, Mindia, Understanding Military Justice: A Practice Note, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), Geneva, 2018, pp. 9(https://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/Military-Justice_Practice-Note_eng.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 9일), Cotelea, Daniela/Alcántara, Alberto Pineda/Tempera, Cristina/Brach, Medeleine/Foisseau, Cedric/Ira, Giuseppe A., The Role of Military Courts Across Europe: A Comparative Understanding of Military Justice Systems, FINABEL European Army Interoperability Center, 2021.5.(https://finabel.org/wp-content/uploads/2021/06/20.-The-role-of-Military-Courts-across-Europ.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 9일); Born, Hans/Leigh, Ian, Discipline and Military Justice, Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel, Geneva OSCE/DCAF, 2008, p. 226 “Box 21.4 Dealing with Breaches of Criminal Law”(https://www.osce.org/files/f/documents/0/c/31393.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 9일)이다.

** 각 군사법원체계의 모델명은 Vashakmadze, Mindia(2011), op. cit., p. 12 “Table 2: Different models of court organisation and jurisdiction”에 따른 것이다.

191) 2009년 호주 최고법원이 위헌결정(Lane v. Morrison (2009) 239 CLR 230 (26 August 2009))을 내리면서 현재 일반법원이 재판하고 있음.

192) Jensen, Jørgen Albræk, “Chapter 4 Military Law in Denmark”, in: Nolte, Georg(ed.), European Military Law Systems, De Gruyter Recht, Berlin, 2003, pp. 269.

193) 노르웨이의 군사법원의 재판권에 관한 것은 Andreu-Guzman, Federico, Military jurisdiction and international law: Military courts and gross human rights violations [vol.1], International Commission Of Jurists/Colombian Commission Of Jurists, Genève, 2004, pp. 295(https://www.icj.org/wp-content/uploads/2004/01/Military-jurisdiction-publication-2004.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 8일).

이상의 표에서 민디아 바샤크마제(*Mindia Vashakmadze*) 교수는 주요 외국 입법례에서의 군사법원의 모델은 순수 군사법원모델로부터 혼합형을 거쳐 순수 일반사법모델로 나아가고 있는 분명한 경향을 관찰할 수 있다고 한다.¹⁹⁴⁾ 이것은 앞서 언급한 바와 같이 각국이 군사법원을 한 국가의 일반 사법체계를 구성하는 통일적인 일부분으로서 인식하려는 노력이 강하게 대두되고 있다는 점, 국제인권규범이 군사법원체계에 깊숙이 침전해 가고 있다는 점 그리고 군사재판에 대한 시민통제의 강화를 암시하는 것이라고 말할 수 있다.

이것은 각국의 입법례를 좀 더 자세히 살펴보면 쉽게 이해할 수 있다.

194) *Vashakmadze, Mindia(2011)*, p. 12 “Table 2: Different models of court organisation and jurisdiction”(https://www.dcaf.ch/index.php/guidebook-understanding-military-justice; 최종접속일: 2023년 6월 29일); *Cotelea, Daniela/Alcántara, Alberto Pineda/Tempera, Cristina/Brach, Medeleine/Foisseau, Cedric/Ira, Giuseppe A., The Role of Military Courts Across Europe: A Comparative Understanding of Military Justice Systems*, FINABEL European Army Interoperability Center, 2021.5., p. 11(https://finabel.org/wp-content/uploads/2021/06/20.-The-role-of-Military-Courts-across-Europ.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 9일); 山田裕之, 前掲論文, 95頁以下.

제3절 | 군사법원의 폐지

평시 군사법원을 운영하지 않고 있는 주요 외국 입법례는 앞서 살펴보았듯이 매우 많으며 그것도 2000년대에 들어서 군사법원을 폐지한 경우도 상당수 있다. 여기에서는 이 중에서도 대만, 프랑스, 독일 그리고 네덜란드에 관해서만 살펴보려고 한다.

1. 대만

대만은 우리나라와 같이 일련의 군인권침해사건들,¹⁹⁵⁾ 특히 *Hung Chung-chiu* 사건¹⁹⁶⁾을 계기로 평시 상설군사법원을 폐지한 대표적인 입법례이다.

군사법원 개혁의 발단이 된 사건은 당시 의무복무 중이던 제대 직전인 피해자가 카메라가 부착된 휴대폰을 사용하였다는 이유로 영창에 구금되어 가혹한 군기교육을 받다가 2013년 7월 3일 열사병으로 병원으로 후송되었으나 사망한 사건이었다.

그런데 당시 대만 “국군사이버보안에 관한 상벌규정”에는 촬영기능이 있는 휴대전화를 영내에 반입하는 경우 위반자가 지원병인 하사관 및 병인 경우 문서에 의한 훈계, 의무병인 병인 경우 7일 내의 영창처분을 내리도록 하고 있었으나 피해자와 같이 의무병인 하사관에 관해서는 규정이 없었다.¹⁹⁷⁾ 이에 여단지휘부는 피해자의 경우 제대가 얼마 남지 않아 문서에 의한 훈계로는 의미가 없다고 판단하여 영창처분을 내리게 되는데 이때에도 징벌위원회를 열지 않았고 이에 대하여 헌병대가 위법의 소지가 있다는 경고를 했음에도 불구하고 이를 무시하였다.¹⁹⁸⁾

195) 台湾高等法院 2017.6.28. (105軍上重更(一)1); 最高法院 最刑判 2017.1.24. (107台上2)(松平德仁, “風雲起り, 山河動く : 台湾における軍事裁判制度の文民化とその比較憲法的意義”, 『法律時報』, 第92卷 第13号(2020.12.), 248頁 및 252頁에서 재인용).

196) 해당 사건의 경위에 관한 것은 *Taipei Times*, 15 Jul. 2013, “Defense minister vows to find truth of Hung’s death”(https://www.taipetimes.com/News/front/archives/2013/07/15/2003567167; 최종접속일: 2023년 9월 6일); *South China Morning Post*, 16 Jul. 2013, “Death of corporal sparks allegations of abuse in Taiwanese military”(https://www.scmp.com/news/china/article/1283992/death-corporal-sparks-allegations-abuse-taiwanese-military?campaign=1283992&module=perpetual_scroll_0&pgtype=article; 최종접속일: 2023년 9월 6일).

197) 松平德仁, 前掲論文, 250頁.

198) 松平德仁, 前掲論文, 250頁以下.

또한 당일 폭염에도 불구하고 군기교육이 강행되었을 뿐만 아니라 피해자는 훈련 중 건강이상을 여러 차례 호소하였으나 받아들여지지 않았으며 물도 제대로 제공되지 않았다는 사실까지 보도되었다.¹⁹⁹⁾ 더욱이 결정적인 증거가 될 사건 당일 CCTV 영상 중 피해자가 등장하는 장면이 모두 삭제된 사실이 밝혀지게 되자²⁰⁰⁾ 피해자 가족은 민간법원에서의 재판을 요구하게 되고 결국 군검찰은 민간법원에 관련자들을 기소하게 된다.²⁰¹⁾ 동 사건에서의 쟁점은 적법절차 위반과 피해자의 사망의 원인이 되는 주의의무위반의 인정여부였으나 민간법원은 기소된 37명 중 13명에 대해서만 유죄판결을 선고하였으며 이때에도 과실치사가 아닌 권력남용죄로 6-8월의 징역형을 선고 하는데 그친다.²⁰²⁾ 다만 본 사건과 관련하여 대만 최고법원은 군인은 국가와의 관계에서 전통적인 특별권력관계에 있기는 하지만 제복을 입은 시민이며 시민인 이상 헌법상 기본적 인권이 보장되어야 한다고 판시함으로써 전통적인 특별권력관계론을 완화시켰다고 평가되고 있다.²⁰³⁾

동 사건으로 전국적으로 시위가 확산하게 되고²⁰⁴⁾ 대만 국방부장관과 총통이 사과하고 군사재판의 민간법원으로의 이관을 약속하게 되며 이에 따라 대만정부는 같은 해 9월 13일 대만 「군사심판법」 등 관련법률을 개정하게 된다.²⁰⁵⁾

해당 개정에 의하여 ① 평시 군인범죄의 재판권을 민간법원으로 이관함으로써 사실상 평시 상설군사법원이 폐지되고(대만 「군사심판법」 제1조; 「형사소송법」 제1조 제2

199) *Asiaone* 24 Jul. 2013, "Taiwan leader vows justice for dead corporal"(https://www.asiaone.com/asia/taiwan-leader-vows-justice-dead-corporal; 최종접속일: 2023년 9월 6일).

200) *Taipei Times*, 24 Jul. 2013, "Hung's family seek civilian charges"(https://www.taipetimes.com/News/front/archives/2013/07/24/2003568017; 최종접속일: 2023년 9월 6일).

201) 해당 사건의 재판과정에 관한 상세한 것은 松平徳仁, 前掲論文, 250頁以下.

202) *Taipei Times*, 29 Jun. 2017, "Ruling by High Court angers soldier's family"(https://www.taipetimes.com/News/front/archives/2017/06/29/2003673510; 최종접속일: 2023년 9월 6일); *Taipei Times*, 25 Jan. 2018, "Top court upholds general's innocence in conscript's death"(https://www.taipetimes.com/News/taiwan/archives/2018/01/25/2003686405; 최종접속일: 2023년 9월 6일).

203) 松平徳仁, 前掲論文, 251頁以下.

204) *South China Morning Post*, 21 Jul. 2013, "30,000 Taiwanese protest after 'abused' soldier dies"(https://www.scmp.com/news/china/article/1287284/30000-taiwanese-protest-after-abused-soldier-dies; 최종접속일: 2023년 9월 6일).

205) *BBC*, 15 August 2013, "Taiwan implements amended military justice law"(https://www.bbc.com/news/world-asia-23698791; 최종접속일: 2023년 9월 6일).

항) ② 현재 수사 중인 군 사건들은 모두 일반 수사기관으로 이관되었으며 ③ 평시 군검찰과 ④ 군교도소도 폐지되었다.²⁰⁶⁾ 또한 ⑤ 일반 사법절차에 따르지 않는 인신구속제도인 영창제도도 사실상 시행되지 않게 되었으며 ⑥ 특별위원회를 설치하여 과거의 군의문사사건들을 재조사하게 되었다.²⁰⁷⁾

그런데 본 사건이 발생하기 6개월 전인 2012년 11월 16일 군법무관의 신분보장과 관련한 사건에 대한 사법원(司法院, *Court Yuan*)의 결정에서 대법관들 중 6명이 개별 의견으로서 군사재판의 민간재판으로의 이관에 대하여 의견을 제시하여 평시 군사법원의 실질적인 폐지에 관한 의견을 낸 바 있다.²⁰⁸⁾²⁰⁹⁾

2. 프랑스

이와 달리 세계 및 유럽인권협약에 따른 독립된 공정한 법원에 의한 재판의 이념에 따라 평시 상설군사법원 및 군 사법절차의 존재의의에 의문을 제기한 경우도 있는데 바로 프랑스의 경우가 바로 그것이다. 즉 프랑스의 경우 일반사법절차와 구별되는 특별사법절차인 군사법원은 사법권의 통일성에 반한다는 이유로 1982년 7월 21일 「군인범죄와 국가안전에 관한 범죄의 수사 및 재판과 관련한 (그리고) 형사소송절차와 군 사법절차의 개정에 관한 법률」²¹⁰⁾을 통하여 평시 상설군사법원을 폐지하고 일반법원의 군사재판부가 재판권을 가지도록 하였다. 그 후 1999년 11월 10일 「군 사법절차와 형사소송법 개정법률」²¹¹⁾을 통하여 해외 파병군인의 범죄의 재판을 위하여 파리에

206) 行政院(Executive Yuan) 2013.8.1., "Amendment to allow transfer of cases from military to civilian courts recommended"(https://english.ey.gov.tw/Page/61BF20C3E89B856/c3ae060a-c709-41da-9d2c-552c87ed689c; 최종접속일: 2023년 9월 6일); 産経新聞, 2014년 1월 19일 "海外事件簿 陸軍下士官虐待事件に軍事刑務所を閉鎖 改革アピールに躍起 台湾・国防部"(https://www.sankei.com/article/20140119-MHCD7CLPGZKLDHKNPQUQDMKBC2M/4/; 최종접속일: 2023년 9월 6일).

207) 松平徳仁, 前掲論文, 253頁.

208) 대만 헌법재판소 해석 제704호 (釋字第704號) 【申請志願留營之軍事審判官身分保障案】(https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310885; 최종접속일: 2023년 10월 7일).

209) 이에 관한 것은 松平徳仁, 前掲論文, 250頁.

210) *Loi n°82-621 du 21 juillet 1982 relative à relative à l'instruction et au jugement des infractions en matière militaire et de sûreté de l'Etat et modifiant les codes de procédure pénale et de justice militaire.*

211) *Loi n°99-929 du 10 novembre 1999 portant réforme du code de justice militaire et du code de procédure pénale*

군사법원(*Tribunal aux armées de Paris*)을 설치하기도 하였다.²¹²⁾ 그러나 일반 형사법체계와 군 형사법체계의 통합과 평화시 군 사법절차의 일반 사법절차로의 통합을 더욱 추진하기 위하여 2011년 「소송사건의 배당과 특정 재판절차의 축소에 관한 법률」²¹³⁾에 따라 파리에 설치되어 있던 상설군사법원과 상설군사항소법원의 재판권을 파리법원의 군사재판부(*Tribunal de Grande Instance*)에 이관하게 된다.²¹⁴⁾

3. 독일

독일 「기본법」 제96조 제2항 이하는 군사법원의 설치의 근거규정을 두고 있으며 군사법원에 관한 상세한 것은 법률로 정하도록 유보하고 있으나(독일 「기본법」 제96조 제2항 제2문) 아직 군 사법절차에 관한 법률을 제정하지 않고 있어서 현재 군사법원은 설치되어 있지 않다. 이러한 점에서 엄밀하게 말하면 독일은 대만이나 프랑스와 같이 종래의 군사법원을 폐지한 경우는 아니다. 그러나 독일 「기본법」의 취지는 제2차 세계대전에서의 인권침해적인 군사법원의 남용의 경험에 근거한 것으로서 이 경험은 군사법원을 설치할 때의 요건이나 군사법원의 재판권의 범위를 정하는 데에도 영향을 미친다.

즉 군사법원은 (침략전쟁을 금지하는 것에 상응하여) 방어전쟁 시(제115a조 이하)에만 설치할 수 있는데 이때에도 군사법원은 연방국방성이 아닌 연방법무성 산하에(지방법원(*Ländergericht*)이 아니라) 연방법원(*Bundesgericht*)으로²¹⁵⁾ 설치하도록 함으로써 군사법원의 독립성·중립성 그리고 공정성을 담보하고 있다(독일 「기본법」 제96조 제2항).²¹⁶⁾ 따라서 군사법원의 판사는 전시든 아니면 평시든 반드시 「독일 법관법

212) 이에 관한 상세한 것은 *Palmer, Edith, France: Military Justice System*, 2013.7., The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, p. 2(<https://andyreiter.com/wp-content/uploads/military-justice/fr/IO.%20NGO.%20and%20Foreign%20Government%20Reports/France%20-%202013%20-%20Law%20Library%20of%20Congress%20-%20Military%20Justice%20System.pdf>; 최종접속일: 2023년 6월 29일).

213) *Loi n° 2011-1862 relative a la répartition des contentieux et a l'allègement de certaines procédures juridictionnelles*.

214) *Palmer, Edith, op. cit.*, pp.3.

215) 독일 「기본법」 제96조 제1문 및 제4문. 독일의 경우 모든 법원은 조직상으로는 법무성 산하에 소속되어 있다.

216) *Schulze-Fielitz, Helmuth, in: Dreier, Horst(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar: Band III*

(*Deutsches Richtergesetz, DRiG*) 제5조에 정한 법관자격이 있는 민간법원 판사가 된다.²¹⁷⁾ 그리고 군사법원의 상고심은 연방최고법원(*Bundesgerichtshof*)이 되며(동항 제5문) 이것은 상급법원에 상소할 권리를 제한해서는 안 된다는 것을 의미한다.²¹⁸⁾ 따라서 독일의 경우 평시의 군인범죄에 대해서는 일반 「형사소송법」, 「군징계법(*Wehrdisziplinarordnung*)」 및 「소년법(*Jugendgerichtsgesetz*)」이 적용된다.²¹⁹⁾ 즉 일반 법원의 군사재판부에서 재판권을 그리고 피고인이 소년인 경우 소년 재판소에서 재판권을 가진다. 다만 현재는 독일 「형사소송법」 제11a조에 따라 해외파병군인의 범죄는 *Kempten* 시 지방법원이 재판하도록 하고 있다. 군인범죄에 대한 군사법원과 달리 군징계절차와 상소절차는 현재 설치·운영되고 있으며 이 절차도 군인범죄의 경우와 같이 연방국방성이 아닌 연방법무성 연방법원이 관장한다(제96조 제4항).²²⁰⁾

그리고 참고로 독일 「기본법」 제96조 제5항은 대량학살, 인도에 반하는 죄, 전쟁범죄, 기타 국민의 평화로운 생활을 침해할 수 있거나 그러한 의도로 범해지는 죄들 그리고 국가에 관한 죄를 (지방법원이 아닌) 연방법원의 관할범죄로 정하고 있다(제96조 제5항).

4. 네덜란드

네덜란드의 경우 1966년부터 시작하여 25년간의 군 형사사법개혁에 관한 논의를 거쳐 현재의 군 형사사법체계를 구축한 것으로 알려져 있다.²²¹⁾

네덜란드는 군형사절차를 일반 형사소송법에 접근시키기 위하여 1991년 「군형사소송법」을 새롭게 제정하면서 재판과 기소를 일반 사법절차에 통합하였다.²²²⁾ 즉 기존의 상설군사법원의 재판권을 *Gelderland*의 지방법원(*District Court Gelderland*)과 *Arnhem-Leeuwarden* 고등법원(*Court of Appeal Arnhem-Leeuwarden*)의 군사재판

Artikel 83-146, 3. Auflage, Mohr Siebeck, 2018, Artikel 96 Rn. 25.

217) *Schulze-Fielitz, Helmuth, ebenda*.

218) *Schulze-Fielitz, Helmuth, ebenda.*, § 96 Rn. 26.

219) 독일의 경우에도 「군형법(*Wehrstrafgesetz, WStG*)」이 존재한다.

220) 이에 관한 상세한 것은 *Schulze-Fielitz, Helmuth, a.a.O.* § 96 Rn. 27 ff.

221) *van Hoek, Bas, op. cit.*, pp. 232.

222) 이에 관한 상세한 것은 *van Hoek, Bas, ibid.*, pp. 224, pp. 229.

부로 이관하였다.²²³⁾ 이 때 재판관은 일반 법관 2인과 군인²²⁴⁾ 1인으로 구성되는데 일반 법관은 지방법원과 고등법원이 지정하고 군인재판관은 군법무관 중에서 국방부장관의 동의를 얻어 법무안전부의 추천을 받아 왕령(*Royal decree*)에 의하여 임명되며 공정한 재판을 수행할 것을 선서하여야 한다.²²⁵⁾ 그리고 상고심은 네덜란드 대법원이 담당하며 군인은 재판관이 될 수 없다.²²⁶⁾

그리고 종래 군인이 기소를 담당하던 것을 전면적으로 군사재판부가 소재한 검찰로 이관하고 검사로 하여금 군사법경찰의 수사를 감독하도록 하였다.²²⁷⁾ 또한 군경찰의 수사의 공정성을 제고하기 위하여 종래 육군 소속이던 군경찰(*Royal Netherlands Marechaussee*)을 육군으로부터 독립시켜 육·해·공군과는 독립된 군조직으로 구성하였다.²²⁸⁾

223) *van Hoek, Bas, ibid.*, pp. 224.

224) 종래 군법무관 외에 법조교육을 이수하지 않은 사람도 재판관이 될 수 있었다. *van Hoek, Bas, ibid.*, p. 222.

225) *van Hoek, Bas, ibid.*, p. 225.

226) *van Hoek, Bas, ibid.*, pp. 225.

227) *van Hoek, Bas, ibid.*, pp. 229.

228) *van Hoek, Bas, ibid.*, pp. 230.

제4절 | 순수군사법원모델에서의 군사재판절차의 일반재판절차로의 접근

1. 영국

영국²²⁹⁾의 경우 일련의 유럽인권재판소의 결정들²³⁰⁾을 계기로 군 형사사법 개혁을 단행하게 되었다. 유럽인권재판소의 결정들에서 가장 중요한 것은 “*Findlay 사건(Findlay v. United Kingdom)*”²³¹⁾일 것이다. 본 사건은 외상후스트레스장애를 앓고 있던 Findlay가 동료들과 함께 술을 마시다가 갑자기 권총을 꺼내 자살할 것이라고 위협하면서 소란을 피우다가 TV에 총을 쏘아 관할관(*Convening Officer*)에 의하여 군사법원에 회부되어 구금 및 강등 등의 판결을 받았으나 Findlay가 「유럽인권협약」 제6조에 정한 공정한 재판을 받을 권리를 침해당했다는 이유로 유럽인권재판소에 영국정부를 제소한 사건이다. 당시 영국은 미국의 관할관제도와 같은 관할관제도를 두고 있었는데 유럽인권재판소는 군사법원의 재판관들이 관할관보다 낮은 계급의 장교들로 구성되었다는 점, 관할관이 기소여부를 결정하는 동시에 판결의 확인조치권까지 행사할 수 있는 권한을 가지고 있다는 점에서 해당 군사재판은 유럽인권협약에 반한다고 판시하였다. 즉 재판관의 임명방법, 임기, 외부로부터의 압력에 대한 보장의 유무 그리고 해당 법원이 독립성이 있는가의 여부, 특히 합리적인 의심을 배제하기 충분히 주관적으로 군사법원에 개인적인 편견이 없고 객관적으로는 공평한가라는 요건의 충족여부를 판단함에 있어서 영국의 군사법원은 이를 충족하지 못한다는 것이었다. 그 밖에도 당시 재판관은 법무관 자격을 가진 사람이 아니었다는 점 그리고 심리가 비공개로 진행되었다는 점 등도 Findlay의 제소를 인용하게 된 이유가 되었다.²³²⁾

229) 영국의 군사법체계에 관한 상세한 개관은 *Lyon, Ann/Farmiloe, Geoffrey*, “The new British system of courts martial”, in: *Duxbury, Alison/Groves, Matthew, Military Justice in the Modern Age*. Cambridge University Press, 2016, pp. 159; 조의행, “영국 군사법제도 체계와 기능에 대하여”, 『최신외국법제정보』, 제2호(2018), 한국법제연구원, 17면 이하(<http://www.klri.re.kr:9090/handle/2017.oak/8773>; 최종접속일: 2023년 7월 9일).

230) 유럽인권재판소에서의 영국의 사례에 관해서는 *Lyon, Ann/Farmiloe, Geoffrey, ibid.*, pp. 160.

231) 24 EHRR 221 (1997).

이 사건을 계기로 영국은 1996년 「국군법(*Armed Forces Act*)」 개정을 통하여(“*Armed Forces Act 1996*”) 지휘계통과 기소를 분리하는 한편 공소제기, 군사재판 그리고 판결의 심사를 분리하였다. 그리고 관할관제도를 폐지하여 그 역할을 군검찰단(*Army Prosecuting Authority*), 군사법원 행정관(*Court Martial Administration Officer*) 그리고 심사관(*Reviewing Authority*)에게 분할하게 된다. 또한 군사재판 판결의 확인제도를 폐지하고 독립적인 심사관에 의한 심사체제로 대체하고 종래의 군 법률지원체계(*Army Legal Service*)는 공소제기, 법률자문 그리고 법률구조로 분리되었으며 상급법원에 항소할 권리를 도입하게 된다.²³²⁾

2006년에는 「국군법」을 전면개정하여(“*Armed Forces Act 2006*”²³⁴⁾) 각 군에 분산되어 있던 각 군 군사법원법과 군사법원을 통합하여 법적용과 양형을 통일시키는 한편 종래 피고인의 지휘관이 기소를 지휘하던 것을 폐지하고 군 지휘계통으로부터 독립된 군검찰국(*Service Prosecuting Authority*)을 설치하여 군인범죄의 기소를 전담하도록 하였다.²³⁵⁾ 이 때 군검찰국장은 잉글랜드 및 웨일즈 법무부장관의 감독을 받을 뿐 개별사건의 기소여부와 관련하여 국방부장관의 지휘를 받지 않는다.²³⁶⁾ 또한 2006년 이후 군사법원의 재판관(*Judge Advocate*)²³⁷⁾은 법관임용위원회(*Judicial Appointments Commission*)에 의하여 임명된 민간인 판사이어야 한다.²³⁸⁾²³⁹⁾ 그리고 군

232) 이에 관한 상세한 것은 *Lyon, Ann*, “After Findlay: A Consideration of Some Aspects of the Military Justice System”, in: *Fidell, Eugene/Sullivan, Dwight H.(Ed.), Evolving Military Justice*, 2002, pp. 218; *Lyon, Ann/Farmiloe, Geoffrey, op. cit.*, pp. 160; 山田裕之, 前掲論文, 99頁以下.

233) *Lyon, Ann, op. cit.*, pp. 222; *Lyon, Ann/Farmiloe, Geoffrey, op. cit.*, pp. 160.

234) 동법은 매년 5년마다 재검토를 하도록 정하였다(Section 352).

235) *Lyon, Ann/Farmiloe, Geoffrey, op. cit.*, pp. 168; 강태경·최영신·송윤진·임태훈, 『형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(III): 형사법원의 인권보장역량 평가』, 한국형사법무정책연구원, 2021, 206면 이하.

236) *Brooke-Holland, Louisa, The Military Justice System: an introduction*, 2014.5.7., p. 5(<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN06823/SN06823.pdf>; 최종접속일: 2023년 6월 29일)(이하 “Brooke-Holland, Louisa(2014)”로 인용한다).

237) 심판관에 관한 소개는 영국 법원 홈페이지 참조(<https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judges/judge-advocate-general/>; 최종접속일: 2023년 10월 21일).

238) *Armed Forces Act 2006 Section 362(Judge advocates); Courts-Martial (Appeals) Act 1951 Section 3(Qualifications of Judge Advocate General and assistants)*.

239) 군사법원의 조직 및 운영에 관한 소개는 영국 법원 홈페이지 참조(<https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/our-justice-system/jurisdictions/military-jurisdiction/>; 최종접속일: 2023년 10

사재판은 군판사와 군인인 배심원에 의하여 진행된다.²⁴⁰⁾

그리고 영국은 미국의 관할관제도에 유사한 지휘관제도(*Commanding Officer*)를 두고 있는데 지휘관(CA)은 주로 약식절차(*Summary proceedings*)를 관장하는데 이것은 우리나라의 약식절차와 달리 행정심판의 성격을 가진다. 지휘관(CA)은 군사경찰의 수사없이 군기위반이나 경범죄(폭행, 절도 등)에 대하여 약식명령 대상위반행위(*Schedule 1* “Criminal conduct offences that may be dealt with at a summary hearing”)에 대하여 수사할 수 있으며 재판권도 가진다. 그러나 특정 군인범죄(*Schedule 2* “Schedule 2 Offences”), 살인, 과실치상, 성폭력범죄²⁴¹⁾ 등의 경우에는 군사경찰로 하여금 수사하도록 하여야 할 뿐만 아니라 재판권도 없다(*the Armed Forces Act 2006* Sections 52-54).²⁴²⁾

2011년 「국군법(*the Armed Forces Act 2011*)」에서는 군사법경찰을 독립시키는 한편 왕립경찰사찰단(*Her Majesty's Inspectorate of Constabulary*)의 감독을 받도록 하였다.²⁴³⁾ 이것은 우리나라의 경우 개별사건의 수사과 기소에 대한 구체적인 지휘권이 각 군 참모총장에게 그리고 일반적 지휘권이 국방부장관에게 있는 것과는 구별된다.

2021년 「국군법(*the Armed Forces Act 2021*)」에서는 특히 우리나라의 수사심의위원회에 상응하는 “*Service Police Complaints Commissioner*”를 설치하여(Section 36 5BA; *The Service Police (Complaints etc.) Regulations 2023* PART 2 The Service Police Complaints Commissioner) 독립적이고 공정한 수사가 담보될 수 있도록 하는 한편 매년 국방부 장관을 통하여 의회에 업무내용을 보고하여야 한다.²⁴⁴⁾

월 21일).

240) *Armed Forces Act 2006* Section 155 (Constitution of the Court Martial).

241) 종래 범죄목록에는 성폭력범죄 중 강간 등 중대 성범죄만을 포함하고 있었으나 2018년의 범죄목록의 개정을 통하여 「2003년 성범죄법(*Sexual Offences Act 2003*)」의 모든 성폭력범죄(*Schedule 2 12 (a)*)로 확대되었다. Brooke-Holland, Louisa, The review of the service justice system, House of Commons Library Briefing Paper, Number 09118, 20 January 2021, pp. 14, pp. 21(<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9118/CBP-9118.pdf>; 최종접속일: 2023년 10월 21일)(이하 “Brooke-Holland, Louisa(2021)”로 인용한다).

242) Brooke-Holland, Louisa(2021), *ibid.*, pp. 9.

243) Lyon, Ann/Farmiloe, Geoffrey, *op. cit.*, pp. 170; 강태경·최영신·송윤진·임태훈, 앞의 보고서, 207면.

244) 이에 관한 것은 영국 정부 홈페이지 참조(<https://apply-for-public-appointment.service.gov.uk/archive/announcements/2459>; 최종접속일: 2023년 10월 21일).

물론 영국에서도 평시 군사법원의 폐지에 관한 논의가 전혀 없었던 것은 아니다. 즉 2016년 「국군법(*the Armed Forces Act 2016*)」이 개정된 이후인 2017년 영국 국방부는 전직 법관인 *Shaun Lyons*에게 의뢰하여 2021년 개정을 위한 검토보고서(*Service Justice review*)를 의뢰하게 되는데²⁴⁵⁾ 여기에서 그는 검찰총장과 군검찰단의 협의를 거쳐 특정 강력범죄, 즉 살인, 과실치사, 강간, 가정폭력 그리고 아동학대 등은 민간법원에서 재판하도록 권고하였으나²⁴⁶⁾ 2021년 개정법에 관철되지 못했다.²⁴⁷⁾

다만 군인을 군사법원 외에 군과 계약관계에 있는 민간인을 위한 군사법원(*Service Civilian Court*)²⁴⁸⁾을 운영하고 있는 점은 특징적인 것이라고 말할 수 있다.

2. 미국

미국은 군인범죄 등이 군사법원에서 다루어지는 대표적인 국가들 중의 하나일 뿐만 아니라²⁴⁹⁾ 군 형사사법절차 전반에 걸쳐 관할관(*Convening Authorities, CA*)²⁵⁰⁾의 권한과 영향력(수사지휘,²⁵¹⁾ 1심 및 항소심 군사법원 판결의 심사권(형량감경권 등)(예컨대 § 860(Article 60)(c))²⁵²⁾ 등)²⁵³⁾이 가장 강력한 입법례라고 볼 수 있다. 즉

245) 동 검토보고서는 총 3부로 구성되어 있다. 동 보고서는 영국 정부 홈페이지에서 열람이 가능하다(<https://www.gov.uk/government/publications/service-justice-system-review>; 최종접속일: 2023년 10월 21일).

246) *Lyons, Shaun, Service Justice System Review (Part 1)*, 29 March 2018, pp. 38(https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5f636c83e90e0759fdaaba37/SJS_Review_Part_1_Report_for_publication_accessible.pdf; 최종접속일: 2023년 10월 21일).

247) 이에 관한 것은 *Brooke-Holland, Louisa(2014), op. cit.*, pp. 5, pp. 21.

248) *Armed Forces Act 2006* Section 51

249) 미국 군사법원의 연혁에 관한 상세한 것은 김대홍, “미국의 군사법제도”, 『최신외국법제정보』, 제2호(2018), 한국법제연구원, 19면 이하(<http://www.klri.re.kr:9090/handle/2017.oak/8773>; 최종접속일: 2023년 7월 9일).

250) 여기에서는 우리나라의 관할관제도에 상응하여 “관할관(CA)”이라 말한다. *10 USC (UCMJ) § 822. Art. 22 Who may convene general courts-martial.*

251) 과거에는 관할관이 기소에도 관여할 수 있었다. 이에 관한 것은 *Schlueter, David A.*, “American Military Justice: Responding To The Siren Songs For Reform”, in: *Air Force Law Review*, Volume 73 Issue 193(2015), pp. 204.

252) 그러나 관할관의 권한의 제한은 *10 USC (UCMJ) §§ 860a(Art. 60a), 860b(Art. 60b)*.

253) 이에 관한 상세한 것은 *Fidell, Eugene/Hillman, Elizabeth/Kastenber, Joshua/Rosenblatt, Franklin/Sullivan, Dwight, Military Justice: Cases and Materials*, 3rd Edition, Carolina Academic Press, North Carolina, 2020, pp. 13; *Hwang, KyongHwan*, “The Study of the Unlawful Command Influence in USA Court Martial”, 『법학연구』, 제23집 제3권(2015), 경

미국의 군사법원의 심급제도는 ① 1심으로서 군사법원(*Court-martial*), ② 2심으로서 군 항소법원(*Army Court of criminal appeals*) 그리고 ③ 상고심이면서 법률심으로서 군 상고법원(*Court of Appeals for the Armed Forces*)(10 USC (UCMJ) § 867a Article 67(a); 28 USC. § 1651)으로 구성되어 있으며 ④ 최종적으로는 (제한적이기는 하지만) 연방법원(*Supreme Court*)(28 USC. § 1259)의 사법심사도 보장되어 있어서 실질적으로는 4심제라고도 말할 수 있을 것이다.

그러나 미국의 경우에도 군사법원의 독립성과 공정성에 대한 심각한 우려 때문에 수차례 군사법원의 개혁을 위한 노력을 기울여 왔던 것이 사실이다.²⁵⁴⁾

즉 2013년 군대 내 발생한 성폭력사건²⁵⁵⁾에서 관할관(CA)의 수사·기소 및 재판에 대한 위법한 영향력행사가 문제가 되자 2013년²⁵⁶⁾과 2016년의 개정작업을 통하여 범죄피해자의 권리강화와 함께 성폭력 등 특정범죄에서 관할관의 기소재량²⁵⁷⁾과 형량감경권(우리나라 전시 관할관의 확인조치권과 유사)²⁵⁸⁾이 제한되었으며 법원의 판단 후 어떠한 변경에 대해서도 그 이유를 판결문에 기재하도록 함으로써²⁵⁹⁾²⁶⁰⁾ 관할관의 판결변경권의 행사를 더욱 어렵게 만들었다.²⁶¹⁾ 실제로 2015년 미국 방위성의

상국립대학교 법학연구소, 221면 이하.

254) 이에 관한 상세한 것은 *Schlueter, David A.*, "American Military Justice: Responding To The Siren Songs For Reform", in: *Air Force Law Review*, Volume 73 Issue 193(2015), pp. 195; *Weaver, Jacob R.*, "Restoring the Power of the Convening Authority to Adjust Sentences", in: *Michigan Law Review*, Volume 119 Issue 3(2020), pp. 613; *Fidell, Eugene/Hillman, Elizabeth/Kastenber, Joshua/Rosenblatt, Franklin/Sullivan, Dwight*, *Military Justice: Cases and Materials*, 3rd Edition, Carolina Academic Press, North Carolina, 2020, pp. 845.

255) *United States v Wilkerson*, General Court-Martial Order No. 10 (Headquarters, Third Air Force, Ramstein AB, Germany, Feb. 26, 2013). 이 사건에 관한 상세한 것은 *Weaver, Jacob R.*, op. cit., pp. 618.

256) *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2014* sec. 1702(b); 10 USC (UCMJ) § 832(b).

257) 10 USC (UCMJ) § 860b. Art. 60b. "Post-trial actions in summary courts-martial and certain general and special courts-martial".

258) 10 USC (UCMJ) § 860a Art. 60a "Limited authority to act on sentence in specified post-trial circumstances".

259) 10 USC (UCMJ) §860c. Art. 60c. "Entry of judgment".

260) 우리나라의 경우에도 관할관의 확인조치권의 행사에 대하여 이유를 기재하도록 하려는 시도는 있었으나(예컨대 2014년 03월 13일 「군사법원법 일부개정법률안(김광진의원 등 12인)」(의안번호: 1909699)) 개정에 반영되지 못했으며, 2016년 1월 6일(법률 제13722호) 개정에서 형량감경의 범위를 1/3로 축소하는데 그친 바 있다(「(구)군사법원법」 제379조(판결에 대한 관할관의 확인조치)),

조사결과²⁶²)에 따르면 군대 내 성범죄 2012년 대비 2013년의 신고의 증가율이 53%였던 것이 2013년 대비 2014년에는 11%로 현저하게 감소했다고 보고된 바 있다.²⁶³ 또한 현재 군 항소법원²⁶⁴과 상고법원²⁶⁵ 재판관은 민간인 판사로 구성하도록 함으로써 군사재판에 대한 시민통제를 실현하고 있다고 평가된다. 그리고 군사법원 판사가 재판의 독립성과 공정성²⁶⁶을 해한 경우 경우에 따라서는 윤리강령위반을 넘어 수사의 대상이 될 수 있다.²⁶⁷ 이것은 군검찰의 경우에도 크게 다르지 않으며 검찰의 행동강령²⁶⁸에 상응하여 군검찰의 공정한 수사·기소를 위한 행동강령을 마련하고 있다.²⁶⁹

그리고 2022년 “군내 성폭력에 관한 독립조사위원회”의 조사보고서(*Independent Review Commission on Sexual Assault in the Military 2022*)의 권고²⁷⁰)에 따라 2022

261) 이에 관한 상세한 것은 *Weaver, Jacob R.*, “Restoring the Power of the Convening Authority to Adjust Sentences”, in: *Michigan Law Review*, Volume 119 Issue 3(2020), pp. 620; *Schlueter, David A.*, “American Military Justice: Responding To The Siren Songs For Reform”, in: *Air Force Law Review*, Volume 73 Issue 193(2015), pp. 204, pp. 214, pp. 225.

262) 미국 방위성 성폭력 예방 및 대응국(*Sexual Assault Prevention and Response Office*)은 매년 성범죄 피해조사를 실시하고 있는데 미국 방위성 홈페이지에서 2004년부터 확인이 가능하다. *United States Department of Defense - Sexual Assault Prevention and Response Office (SAPRO), Sexual Assault Prevention and Response Office, Fiscal Year 2004-2022*(<https://sapr.mil/reports>; 최종접속일: 2023년 7월 9일)(이하 “*DoD Sexual Assault Prevention and Response FY 연도*”로 인용한다).

263) *DoD Sexual Assault Prevention and Response FY 2014*, 2015, pp. 6(https://www.sapr.mil/public/docs/reports/FY14_Annual/DoD_FY14_Annual_Report_on_Sexual_Assault_in_the_Military.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 9일); *Weaver, Jacob R.*, *op. cit.*, pp. 623.

264) *10 USC (UCMJ) § 866*. Art. 66 (1).

265) *10 USC (UCMJ) § 942*. Art. 142. Judges.

266) *10 USC (UCMJ) § 826*. Art. 26 Military Judge of a General or Special Court-Martial, 837. Article 37. Unlawfully influencing Action of Court.

267) *MCM Rule 109(a), (c)(2)*. 이에 관한 상세한 것은 *Fidell, Eugene/Hillman, Elizabeth/Kastenber, Joshua/Rosenblatt, Franklin/Sullivan, Dwight*, *Military Justice: Cases and Materials*, 3rd Edition, Carolina Academic Press, North Carolina, 2020, pp. 515.

268) *The United States Department of Justice, Justice Manual*, “TITLE 9: CRIMINAL”(https://www.justice.gov/jm/title-9-criminal; 최종접속일: 2023년 7월 9일).

269) *MCM Appendices 2.1. Non-Binding Disposition Guidance*. 이에 관한 것은 *Fidell, Eugene/Hillman, Elizabeth/Kastenber, Joshua/Rosenblatt, Franklin/Sullivan, Dwight*, *Military Justice: Cases and Materials*, 3rd Edition, Carolina Academic Press, North Carolina, 2020, pp. 34.

270) 이에 관한 상세한 것은 미국 국무성 홈페이지 참조(<https://www.defense.gov/Spotlights/Independent-Review-Commission-on-Sexual-Assault-in-the-Military/>; 최종접속일: 2023년 10월 11일).

년 1월 대통령 행정명령을 통하여 보다 강력한 군사법제도 개혁을 단행하게 된다. 그 주요 내용은 첫째 성폭력, 가정폭력, 아동학대 그리고 살인 등 특정범죄의 수사 및 기소를 위하여 지휘계통으로부터 독립된 특별군검사제도(*Offices of Special Trial Counsel, OSTC*)를 신설하는 한편, 둘째 관할관이 수사와 기소에 관여할 수 없도록 특별군검사와 관할관의 관계를 명시하고, 셋째 모든 형사소송절차에서 피해자를 보호하고 공정성을 제고할 수 있도록 절차를 개선하고, 넷째 특히 강간이나 기타 성폭력에 대한 양형의 불균형성을 제거하기 위한 일원화되고 공정한 양형시스템을 정비하고, 다섯째 대부분의 군내 성범죄가 비사법적 방식으로 처리되어 왔던 관행을 고려하여 비사법적 제재시스템을 정비하게 된다.²⁷¹⁾

3. 스위스

스위스의 경우 1889년 「군사법원법(*Militärstrafgerichtsordnung, MStGO*)」이 폐지되고 1980년에 현행 「군형사소송법(*Militärstrafprozess, MStP*)」이 제정되었는데 이것은 2011년 1월 1일부터 시행된 「(통일)형사소송법」보다 그 역사가 오래된 것인 만큼 독자적인 군 사법절차를 형성하고 있다.²⁷²⁾²⁷³⁾

스위스의 군 사법절차는 모든 심급의 재판을 군사법원에서 수행하는 대표적인 입법

271) *The White House*, Statements And Releases on JULY 28, 2023, "FACT SHEET: President Biden to Sign Executive Order Implementing Bipartisan Military Justice Reforms"(<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/07/28/fact-sheet-president-biden-to-sign-executive-order-implementing-bipartisan-military-justice-reforms/>; 최종접속일: 2023년 10월 11일).

272) 스위스 「(통일)형사소송법」 시행 전에는 각 칸톤마다 독자적인 형사소송규칙들을 가지고 있었다.

273) 그런 만큼 스위스 「군형사소송법」과 「형사소송법」 간의 비교연구가 많이 수행되었다. 예컨대 *Maeder, Stefan*, "Rechtsstaatlichkeit und Effizienz: MStP und StPO im Vergleich", in: *Jusletter* 13. Mai 2019, S. 1 ff.(https://jusletter.weblaw.ch/dam/publicationssystem/articles/jusletter/2019/979/openaccess/rechtsstaatlichkeit-_254ead5584/Jusletter_rechtsstaatlichkeit-254ead5584_de.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 9일); *Fels, Michel-André*, "Militärjustiz aus der Sicht der zivilen Strafverfolgungsbehörden", in: *Jusletter* 13. Mai 2019, S. 1 ff.(https://jusletter.weblaw.ch/dam/publicationssystem/articles/jusletter/2019/979/openaccess/militarjustiz-aus-de_11f0de8210/Jusletter_militarjustiz-aus-de_11f0de8210_de.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 9일); *Oppliger, Beat*, "Militärjustiz aus Sicht der zivilen Strafverfolgungsbehörden", in: *Jusletter* 13. Mai 2019, S. 1 ff.(https://jusletter.weblaw.ch/dam/publicationssystem/articles/jusletter/2019/979/openaccess/militarjustiz-aus-si_0cadec58ce/Jusletter_militarjustiz-aus-si_0cadec58ce_de.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 9일).

례들 중의 하나이다.

스위스는 사법부에 대응하여 군 사법부(*Militärjustiz*)가 별도로 존재하며 사법부와 마찬가지로 검찰과 법원이 조직상 군 사법부 산하에 구성되어 있다(제2조). 1심인 경우 군인으로 구성된 군사법원에서 재판이 수행되는데 이 때 재판관에게는 법조교육의 이수나 변호사자격증의 소지가 요구되지 않는다(제7조 제2항). 그리고 항소심은 군사항소심재판소(*Militärappellationsgerichte*)²⁷⁴)에서 그리고 상고심은 군사파기원(*Militärkassationsgericht*)²⁷⁵)에서 이루어지는데 재판관은 법조교육을 이수하거나 또는 변호사자격증을 소지하고 있어야 한다. 그리고 수사과 기소는 피고인·피의자·피해자의 지휘계통 그리고 군사법원으로부터 독립되어 수행된다(예컨대 제4a조 및 제4b조).

군사법원의 독립성은 스위스 「연방헌법」 제30조 제1항 및 제191c조에 의하여 보장되어 있으나 군사법원의 독립성과 중립성에 대한 비판이 전혀 없는 것은 아니다.²⁷⁶ 즉 야당은 군사법원 및 검사 등의 지정과 관련하여 조직상의 민주적 정당성을 담보하지 못하여 내부적 독립성과 중립성을 보장하지 못하여 예컨대 종종 장교에게는 현저히 낮은 형벌을 그리고 병사에게는 지나치게 가혹한 형벌을 부과하는 경우가 흔치 않다고 비판한다.²⁷⁷ 실제로 1921년²⁷⁸)에 국민청원으로 그리고 2006년²⁷⁹)에 의원발의로 군사법원 폐지안이 상정된 적이 있었으나 양자 모두 부결된 바 있다.

그러나 스위스 연방헌법재판소와 유럽인권재판소에서는 스위스의 군 사법절차의 독립성을 확인한 바 있으며²⁸⁰) 학계에서도 현행 군 사법체계의 독립성에 대하여 특별히 의문시되고 있지 않은 것 같다.²⁸¹).

274) 스위스 「군형사소송법」 제11조 제2항.

275) 스위스 「군형사소송법」 제14조 제2항.

276) 이에 관한 상세한 것은 *Bertschi, Martin*, N 6 f., N 8 ff. zu § 1, in: *Wehrenberg, Stefan/Martin, Jean-Daniel/Flachsmann, Stefan/Bertschi, Martin/Schmid, Stefan(Hrsg.), Kommentar zum Militärstrafprozess*, Schulthess Verlag, Zürich, 2008(이하 “MStP-저자”로 인용한다).

277) *MStP-Bertschi*, N 7 zu § 1.

278) *Initiative «für die Aufhebung der Militärjustiz»*(<https://swissvotes.ch/vote/86.00>; 최종접수일: 2023년 7월 8일). 동 국민청원은 국민투표에서 부결되었다.

279) *Parlamentarische Initiative Lang Josef. Abschaffung der Militärjustiz* (Nationalrat Sommersession 2006·Siebte Sitzung·13.06.06·08h00·04.465)(<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=10652>; 최종접수일: 2023년 7월 8일).

280) 이에 관한 상세한 것은 *MStP-Bertschi*, N 9 f. zu § 1.

제5절 | 소결

국제인권규범의 영향력으로 군사법원에 대한 각국 입법례의 태도는 분명한 경향을 보이고 있다. 즉 군사재판절차의 일반 재판절차로의 접근, 지휘관 사법의 후퇴, 군사재판에 대한 시민통제(*control by civilian*) 그리고 문민화(*civilianization*)가 바로 그것이다.

예컨대 독일의 경우 전시 군사법원을 설치하는 경우 (침략전쟁을 금지하는 것에 상응하여) 방어전쟁 시(제115a조 이하)에만 군사법원을 설치할 수 있다. 그리고 독일 「기본법」 제96조 제2항은 군사법원은 연방국방성이 아닌 연방법무성(*Bundesministerium*) 산하에 (지방법원(*Ländergericht*)이 아니라) 연방법원(*Bundesgericht*)으로 설치할 수 있도록 함으로써 군사법원의 독립성·중립성 그리고 공정성을 담보하고 있다. 따라서 군사법원의 판사는 전시든 아니면 평시든 반드시 「독일 법관법(*Deutsches Richtergesetz, DRiG*)」 제5조에 정한 법관자격이 있는 민간법원 판사이어야 한다.

국제인권규범과의 조화와 형사사법의 통일성을 근거로 프랑스는 1982년부터 2011년에 이르기까지 군사법원의 재판권을 축소시켜나가면서 군사법원을 폐지하기에 이르렀는데²⁸²⁾ 이러한 국제인권규약과의 갈등은 영국에서도 찾아볼 수 있다. 즉 영국의 경우 군사법원의 폐지까지는 아니지만 2006년 개정을 통하여 군사법원의 재판관(*Judge Advocate*)을 법관임용위원회(*Judicial Appointments Commission*)에서 임명된 민간인 판사로 대체함으로써 군사법원의 시민에 의한 통제로 접근하게 된다. 이러한 군사법원의 시민에 의한 통제는 군 형사사법 전반에 대하여 관할관 및 지휘관의 역할과 권한이 매우 강력한 미국의 경우에서도 찾아 볼 수 있다. 즉 미국의 경우 1950년에 군 형사사법에서의 지휘관의 강력한 권한에 대한 시민적 통제로서 군 항소법원과 상고법원 재판관을 민간인 판사로 구성하도록 함으로써 군사재판에 대한 시민통제를

281) 대표적으로 *MStP-Bertschi*, N 12 ff. zu § 1.

282) 이에 관한 상세한 것은 *Palmer, Edith, France: Military Justice System*, 2013.7., The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, p. 2(<https://andyreiter.com/wp-content/uploads/military-justice/fr/IO,%20NGO,%20and%20Foreign%20Government%20Reports/France%20-%202013%20-%20Law%20Library%20of%20Congress%20-%20Military%20Justice%20System.pdf>; 최종접속일: 2023년 6월 29일).

실현했다고 평가된다.²⁸³⁾ 대만이 평시 군사법원을 폐지하게 된 것은 2013년 발생한 홍상병 치사사건이 직접적인 원인으로 거론되지만 그 이전에 이미 대만 헌법재판소는 개정 전의 군사법원체계에 대한 비판과 함께 당시의 군사사법절차는 헌법에 정한 적법절차와 기본적 인권에 반한다는 것을 확인하면서 1990년의 대만 「군사심판법」을 제정하는데 촉매역할을 했었다. 즉 대만 헌법재판소는 1997년 10월 3일 해석 제436호 (釋字第436號解釋) 에서 군사법원에 대해서도 최소한의 헌법상 절차적 기본권이 보장되어야 할 뿐만 아니라 적법절차의 원칙을 준수하여야 한다는 전제 하에 당시 육·해·공군 편제 부대에 설치되어 있던 군사법원의 재판관은 지휘계통에 종속되어 있어서 독립적이고 공정한 재판을 담보하는 데에는 한계가 있을 뿐만 아니라 군사재판의 판결에 대하여 민간의 상급법원에 상소할 수 없도록 규정한 것은 대만 헌법에 반한다고 판시함으로써 군사법원체계를 완전히 바꾸게 되는 1990년의 대만 「군사법원법」의 제정의 계기를 마련했다고 평가된다.²⁸⁴⁾

그렇다면 이러한 국제인권규범과 각국 입법례의 경향, 군사법절차의 일반 사법절차로의 접근, 시민통제 그리고 문민화에 비추어 우리나라 군사재판제도는 충분히 인권친화적이고 공정한 것이어서 민주적 정당성을 가지고 있는 것인지 아니면 여전히 합리화되어야 할 과제들이 남겨져 있는 것은 아닌가라는 문제가 제기된다. 특히 앞서 언급한 바와 같이 2021년 군 형사사법개혁은 기존의 군 형사사법체계에 비추어 많은 관점에서 진일보한 것이라는 긍정적인 평가를 내릴 수 있으나 그러나 다른 한편으로 과연 전혀 문제가 없는 것인가라는 의문이 제기된다.

이하에서는 이 문제에 관하여 살펴보고자 한다.

283) *Sherman, Edward F.*, "The Civilianization of Military Law", in: *Maine Law Review* Vol. 22 No. 3 (1970), pp. 43.; *Bryant, Michael Scott*, "American Military Justice From The Revolution To The Ucmj: The Hard Journey From Command Authority To Due Process", in: *Creighton International And Comparative Law Journal*, Vol. 4 Issue 1, 2013, p. 10.

284) 이에 관한 상세한 것은 松平徳仁, 前掲論文, 249面以下.

제 5 장

공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

2021년 개정 「군사법원법」의 문제점과 개선방안

김 유 근

제5장

2021년 개정 「군사법원법」의 문제점과 개선방안

제3장에서 살펴보았듯이 정부는 그 동안 적법절차의 원칙을 군 형사사법에 침전시켜 왔었고 2021년 군 형사사법개혁으로 군사법원체계에 대한 민주적 정당화와 합리화를 위한 획기적인 일보를 내디딘 것이라고 한다면 이제 제2장에서 다루었던 군 수사 및 군사재판에서의 인권침해사건들 그리고 이런 사건들로 인하여 군 형사사법정의를에 대한 의심은 더 이상은 일어나지 않을 것이라고 기대할 수 있는가라는 문제에 봉착하게 되는데 과연 그러한가에 대해서는 의문이 제기된다. 그 이유는 무엇보다도 앞서 이미 제4장 군사재판제도에 관한 국제인권규범과 주요 외국의 입법례에서 살펴보았듯이 애초부터 군사사법제도에 내재하는 구조적인 문제점들은 군사법원체계를 유지하는 한 존재하기 때문에 이러한 구조적인 문제점들을 해소하지 않는 한 동일한 인권 침해사건들이 발생할 수밖에 없게 된다는 데에 있다.

이 장에서는 2021년 「군사법원법」의 개정이 그러한 구조적인 문제점들을 얼마나 해소하고 있는가 그래서 군 형사사법절차, 즉 수사, 기소 그리고 재판에 이르는 모든 과정들이 독립성, 중립성, 투명성 그리고 공정성을 담보하고 있는가에 관하여 살펴보도록 한다.

제1절 | 평시 군사법원의 유지의 문제

2021년 군 형사사법개혁의 초점은 바로 군 형사사법체계의 독립성·중립성·투명성 그리고 공정성의 제고에 놓여 있었으며 그런 만큼 과거 수사, 기소 그리고 재판에

대한 공정성이 의문시되었던 성폭력범죄나 군인 등의 사망의 원인인 범죄에 대한 재판권은 일반법원에 그리고 항소심은 민간 고등법원으로 이관하게 되었다. 또한 군판사의 독립성과 중립성을 제고하기 위하여 민간인이 참여하는 군판사인사위원회를 설치하도록 하는 한편 군판사를 군검사 등과 보직순환하지 못하도록 하고 관할관 및 심판관제도는 평시에 운영하지 않도록 하는 등 획기적인 제도개선을 단행한 것이 사실이다.²⁸⁵⁾

그러나 2021년 개정 「군사법원법」에서도 평시 상설군사법원 자체의 폐지에는 이르지 못했는데 과연 현대사회에서도 여전히 평시 상설군사법원을 유지하여야 하는 필요성과 정당성이 있는가 그리고 상설군사법원에 내재하는 구조적인 문제점들(독립성·중립성·투명성·공정성)은 2021년 「군사법원법」 개정으로 해소되었는가와 관련해서는 많은 의문이 제기된다. 이 문제는 전통적으로 제기되어 온 군사법원의 존치론과 폐지론이라는 근본적인 문제와 직접적으로 관련되는데 여전히 양자는 첨예하게 대립하고 있는 것이 사실이다.

1. 군사법원의 존치론과 폐지론의 첨예한 대립

군사법원의 존치론과 폐지론은 첨예하게 대립하는데 그 주요 근거를 살펴보면 다음 표와 같다.

▶▶▶ [표 10] 상설군사법원의 존치론과 폐지론의 비교

	존치론	폐지론
설치근거의 정당성	제27조 제2항 “군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다”	「헌법」 제27조 제2항은 일반 국민은 군사 재판을 받지 않을 권리를 정한 것일 뿐 그 반대로 이로부터 일반 국민이 아닌 모든 군인 또는 군무원은 반드시 군사재판을 받아야 한다는 필연성이나 당위성이 도출되는 것은 아니다. ²⁸⁶⁾

285) 류지웅·김호, “군사법원의 독립성과 관할 문제에 관한 연구 - 개정 「군사법원법」의 내용 분석을 중심으로 -”, 『비교법연구』, 제21권 제3호(2021.12.), 동국대학교 비교법문화연구원, 16면: “군사법원이 가진 특수성 신분적 재판관이라고 하는 내용에 기초해 본다면, 현재와 같이 군사법재판 절차에서 적법절차의 원리, 재판받을 권리, 범죄피해자보호권, 재판부와 군검사, 군사경찰 등의 독립성과 전문성을 확보하는 범위안에서 제도적 정당성과 인적 관할의 특수성에 기초해 현행 군사법원의 유지는 의미가 있다고 할 것이다”.

	존치론	폐지론
	제110조 제1항 “군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있다.” ²⁸⁷⁾	제110조 제1항은 군사법원을 둘 수 있다고 규정할 뿐 군사법원 설치의 당위성을 정한 강행규범이 아니다. ²⁸⁸⁾
필요성	우리나라의 안보상황, 군의 특수성과 전문성을 고려할 때 군기강 유지, 지휘권 확립 그리고 신속한 재판을 위해서 필요 ²⁸⁹⁾	군 형사사건의 상당수가 군의 특수성 및 전문성과 상관없는 일반 형법범이다. ²⁹⁰⁾ 군사재판을 통해서만 군기강 유지 및 지휘권 확립이 가능하다는 것은 지나친 비약이다. ²⁹¹⁾ 이미 2014년 개정으로 군단급으로 보통군사법원을 상향 설치했고 2021년 개정으로 5개 지역군사법원으로 개편하였기 때문에 순회재판소를 운영한다고 하더라도 일반 법원보다 신속한 재판을 기대하기는 어렵다. ²⁹²⁾ 장기간의 해외파병의 경우를 제외하고 일반법원의 사법권이 미치지 않을 정도의 격오지는 생각하기 어렵다. ²⁹³⁾
	전시상황에 대한 대비: 군사법원을 전시에만 운영할 경우 전시 군사법원 창설 초기의 업무미숙으로 인하여 군 사법체계가 원활히 작동하지 않을 수 있다. ²⁹⁴⁾	평시에 군 사법제도에 관한 훈련을 체계적으로 실시한다면 전시에 군 사법제도를 차질 없이 운영할 수 있다. ²⁹⁵⁾

이상의 군사법원의 존치론과 폐지론의 논거들을 살펴보면 군사법원의 필요성과 정당성을 둘러싸고 첨예하게 대립하고 있음을 알 수 있다. 이하에서는 이에 관하여 상세하게 살펴보도록 한다.

286) 한인섭(2009), 앞의 논문, 15면.

287) 헌법재판소 1996.10.31. 93헌바25 전원재판부.

288) 한인섭(2009), 앞의 논문, 15면.

289) 백상준, 앞의 보고서, 7면. 특히 헌법재판소의 논거는 헌법재판소 1996.10.31. 93헌바25 전원재판부 참조.

290) 군인범죄의 통계에 관해서는 「경향신문」 2021년 6월 7일 보도 “또 다시 던져진 질문…군사법원 왜 있어야 하는가?”(<https://www.khan.co.kr/national/court-law/article/202106071935001#c2b>; 최종접속일: 2023년 11월 8일) 참조.

291) 한인섭(2009), 앞의 논문, 12면 이하.

292) 정지훈, “평시 균형사법 체제의 청산”, 『형사법연구』, 제34권 제1호(2022), 한국헌사법학회, 182면 이하.

293) 한인섭(2009), 앞의 논문, 12면 이하.

294) 백상준, 앞의 보고서, 7면.

295) 백상준, 앞의 보고서, 8면.

2. 군사법원의 필요성을 둘러싼 논쟁

군사법원의 필요성에 관해서는 헌법재판소의 결정문이 매우 간명하고 명료하게 설명하고 있다. 즉 헌법재판소는 군사법원의 필요성을 “군사법원을 특별법원으로 설치함에 있어서 군대조직 및 군사재판의 특수성을 고려하고 군사재판을 신속, 적절하게 하여 군기를 유지하고 군지휘권을 확립하기 위한 것으로서 필요하고 합리적인 이유가 있다”는 데에서 찾고 있다.²⁹⁶⁾ 또한 “군은 그 임무의 특성상 전시에는 말할 것도 없고 평시에도 적의 동태나 작전계획에 따라 자주 이동하고, 급박하게 상황이 변화하므로 이에 대응하여 언제, 어디서나 신속히 군사재판을 할 수 있도록 하기 위하여 군사법원을 군부대 등에 설치할 필요”가 있고 “군사법원체제가 전시에 제대로 기능을 할 수 있기 위하여는 그러한 사법체제가 평시에 미리 조직, 운영되고 있어야 할 것이다. 특히 북한과 접제한 군사적 대치상황에 놓여있는 우리나라의 경우에는 그러한 사법체제의 필요성이 더욱 크다고 할 것이다”라고 밝히고 있다.²⁹⁷⁾ 또한 헌법재판소는 “군대조직에 있어서 군기의 유지와 군 지휘권 확립은 그 조직을 유지, 운용하는데 있어서 필요불가결한 것인데 군사범죄는 일반적으로 군대조직을 급속도로 오염시켜 군기를 일거에 붕괴시키는 특징을 가지고 있다”²⁹⁸⁾고 밝히고 있으며 “평시에도 적의 동태나 작전계획에 따라 자주 이동하고, 급박하게 상황이 변화하므로 이에 대응하여 언제, 어디서나 신속히 군사재판을 할 수 있도록 하기 위하여 군사법원을 군부대 등에 설치할 필요”²⁹⁹⁾가 있다고 한다.

또한 2021년 6월 28일 출범한 민·관·군 합동위원회의 평시 군사법원 폐지 권고안에는 “군사법원은 군대 구성원의 형사범죄가 지휘권과 군 기강을 저해하는 위험성과 특수성을 고려하여 신속하고 공정한 군사재판을 통한 군 기강 확립과 군사대비태세 유지가 필요하다는 헌법적인 결단을 통해 인정된 특별법원”이라는 부대의견(1)이 있었다고 한다.³⁰⁰⁾

296) 헌법재판소 1996.10.31. 93헌바25 전원재판부.

297) 헌법재판소 1996.10.31. 93헌바25 전원재판부.

298) 헌법재판소 1996.10.31. 93헌바25 전원재판부.

299) 헌법재판소 1996.10.31. 93헌바25 전원재판부.

300) 강현석·홍태석, “개정 군사법원법의 문제점과 개선방안”, 『법이론실무연구』, 제11권 제2호 (2023), 한국법이론실무학회, 54면 이하.

이상으로부터 군사법원의 필요성은 일반적으로 (1)군기강의 유지(*discipline*), (2)군 지휘권의 확립(*good order*), (3)군의 특수성 또는 군사문화의 반영(*morale of the military*) 그리고 (4)전투력의 보존(2)³⁰¹⁾ 등으로 설명될 수 있으며 「군형법」에 규정된 전형적인 군사범죄(행위주체에 따른 구별인 군인범죄가 아니다)를 처벌하는 이유가 바로 여기에 있다고 볼 수 있다.³⁰²⁾

그런데 이에 대해서는 다음과 같은 의문이 제기된다.

(1) 첫째 군인의 군기강 유지는 상명하복의 지휘체계를 유지하기 위하여 필수적인 것이며 따라서 군기강을 해하는 행위에 대해서는 중한 처벌이 필요하다는 것을 인정할 수 있다고 하더라도 이러한 목표가 일반 형사사법과 분리된, 그리고 후술하는 바와 같이(제1절 3. 및 제7절) 군사재판의 독립성·중립성·투명성·공정성을 담보하는데 한계가 있는 군사재판을 통해서만 달성될 수 있는 것인가 그리고 그러한 필연성이 존재하는가라는 근본적인 의문이 제기된다.

그리고 이러한 군기강 유지라는 군사재판의 필요성은 예컨대 과거 보통군사법원에서 상관살해미수 등의 혐의로 무기징역을 선고받았으나 보통군사법원의 관할관이 이를 1년의 유기징역으로 감경했던³⁰³⁾ 당시에도 유효했던 논거이다. 즉 군사재판이 아무리 군기강의 유지를 위하여 중한 형벌을 선고하더라도 군판사가 아닌 관할관이 “형이 과중하다고 인정할 만한 사유가 있는 때”인지의 여부라는 사실판단으로 군판사의 법률판단을 뒤집을 수 있다면 이미 여기에서 군기강 유지라는 군사재판의 필요성의 의미는 희석된다.

또한 군기강 유지를 위하여 중하게 처벌하여야 한다고는 하지만 「군형법」에 정한 범죄의 종류와 법정형은 이미 군인 등의 특별신분관계를 근거로 하여 행위의 가중된 불법성이 고려된 것일 뿐만 아니라³⁰⁴⁾ 군인신분은 재판에서 가중양형사유가 아니라

301) 군사재판을 존치하고 있는 주요 외국 입법례들에서 대체적으로 주장되는 근거들이다. *Vashakmadze, Mindia, op. cit.*, pp. 2.

302) 정지훈, 앞의 논문, 195면 이하는 개별 군사범죄를 분석하면서 적어도 평시에는 특별법이 아닌 일반법인 형법을 적용하는 것이 타당하다고 한다.

303) 대법원 1974.9.24. 선고 74도1955 판결: “군법회의법 제369조 제1항에 의하면 판결은 관할관이 확인하여야 하며 형법 51조의 사항을 참작하여 그 형이 부당하다고 인정할만한 사유가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 형의 집행을 면할 수 있다 라고만 규정하므로써 형법 55조의 법률상의 감경예에 따라 감경하여야 한다는 제한규정을 두지 아니하고 있으니 관할관은 형법 55조에 따르지 않아도 무방하다”.

이미 구성요건요소이다.

(2) 둘째 군대에서의 군지휘권의 확립도 군기강의 유지와 특히 군대의 전력의 보존에 불가결한 것이라는 점은 부인할 수 없으나 군지휘권의 확립이라는 필요성도 앞서 언급한 군기강의 유지와 마찬가지로 일반 형사사법과 분리된 군사재판을 통해서만 달성될 수 있는 것인가라는 근본적인 의문을 피하지는 못한다. 그리고 「군형법」에는 이미 특별신분관계에서 군지휘권을 해하는 죄를 정하고 있기 때문에 군사법원만이 법 적용에 있어서 군기강을 확립할 수 있는 것도 아닐 것이다. 더욱이 정의의 무게추가 어느 한 쪽에도 기울어져서는 안 되는, 불편부당(不偏不黨)하여야 할 형사재판이 군지휘권의 확립이라는 흡사 군형법을 집행하는 당사자의 이익을 대변하는 것과 같은 외관을 가지게 되는데 이것이 과연 공정한 재판인가라는 의문이 제기된다.

즉 군기강 유지와 지휘권 확립은 군의 합리적인 운영, 예컨대 인사, 보직, 포상 및 징계, 엄정한 훈련 등을 통해 달성될 뿐만 아니라³⁰⁵⁾ 특히 형사재판과 관련해서는 독립적이고 중립적인 법원에 의하여 공정한 재판절차에 의할 때 (그 결과가 개별적으로 수용가능한 것인지의 여부는 별론으로 하고) 비로소 재판에 대한 신뢰와 함께 군기강유지와 지휘권 확립에 기여할 것이다. 즉 일반 사법정의와 단절된 군만을 위한 사법정의가 군기강 유지나 지휘권확립에 기여하지는 않을 것이다.

또한 여러 차례에 걸친 「군사법원법」의 개정은 이제 일반 「형사소송법」과 구별되지 않을 정도로 그 절차에 있어서 적법절차가 관철되어 왔으며 앞으로도 이러한 노력은 끊이지 않을 것이라는 점은 분명하다. 그렇다면 일반 형사소송절차와 구별되지 않는 평시 군 형사소송절차에서 특별히 군기강 유지와 군지휘권 확립을 고려할 수 있는 여지는 그런 만큼 적어지는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다. 그렇다고 군지휘권 확립을 위하여 실체적 진실에 반하는 사실판단이나 법률해석을 할 수 있는 것도 아니다.

그래서 군기강 유지와 군지휘권 확립을 위하여 주요 외국 입법례에서는 국제인권규범에 저촉될 수도 있는 군사법원제도보다는 오히려 징계위원회나 약식절차를 정비하는데 초점을 맞추고 있는 것도 쉽게 이해할 수 있다.

304) 같은 취지로는 임석순, “군사법원의 신분재판권에 대한 비판적 고찰 - 개정 군사법원법 제2조 제2항을 중심으로 -”, 『법학논총』, 제47권 제2호(2023), 단국대학교 법학연구소, 50면 이하.

305) 한인섭(2009), 앞의 논문, 12면; 정지훈, 앞의 논문, 199면.

(3) 셋째 군의 특수성 그리고 군의 전문성의 문제³⁰⁶⁾도 반드시 군사재판을 통해서만 달성될 수 있는 것은 아니다. 즉 특정분야의 특수성이나 전문성은 이미 「형사소송법」 제245조의2 이하에 정한 전문수사자문위원이나 제279조의2에 정한 전문심리위원의 참여를 통하여 수사나 재판에 반영될 수 있다는 점³⁰⁷⁾에서 군사재판을 통해서만 달성될 수 있는 목표도 아니다.

그리고 서론에서도 언급했듯이 군의 특수성이 폐쇄성으로 변질되어 군조직의 폐쇄성에 근거한 군의 조직적 무지 혹은 적극적 은폐와 그에 따른 부작용이 이른바 군사문화와 군 사법절차의 특수성으로 포장되어 조직적인 무책임으로 일관해 온 것은 아닌 가라는 의문이 제기된다. 이것은 군의 특수성을 반영하기 위하여 도입된 관할관제도와 심판관제도에 대하여 재판의 독립성·중립성·투명성·공정성을 해한다는 비판이 제기되고 있는 것을 보더라도 쉽게 알 수 있다(제5장 제7절).

(4) 넷째 군사재판의 효율성과 관련하여 군사재판은 신속한 재판진행을 가능하게 한다고는 하지만 실제로 그러한가에 대해서는 의문이 제기된다. 제3장 “2. 군 형사사법절차의 일반 형사사법절차로의 접근”에서 살펴보았듯이 군 형사사법절차와 일반 형사사법절차가 거의 접근한 이상 절차에 소요되는 시간은 그리 차이가 없을 것이다. 그리고 2021년 군사법원법 개정으로 평시 관할관제도 및 심판관제도가 폐지된 이상 평시에는 일반 형사소송절차와 거의 동일한 정도의 시간이 소요될 것이다.

그런데 무엇보다도 중요한 것은 신속한 재판은 해당 재판의 독립성·중립성·투명성·공정성이 전제되어 있을 때 비로소 의미가 있다는 점이다.³⁰⁸⁾ 즉 재판의 독립성·중립성·투명성·공정성이 담보되지 않은 법원에서의 신속한 재판은 그 자체가 공정한 재판을 받을 권리와 적법절차의 원칙을 위반하는 것이며 기본적 인권을 침해하는 신속한 재판은 그 자체로 허용될 수 없다고 보아야 한다.

(5) 그리고 중국과 첨예하게 대립하고 있는 대만을 비롯하여 많은 국가들에서 평시

306) 평시 군사재판의 항소심이 서울고등법원으로 이관되는데 대해서도 동일한 논거가 제기되었다고 한다. 2021년 6월 28일 민·관·군 합동위원회의 평시 군사법원 폐지 권고안 부대의견 1 및 2: “2심 재판권을 민간으로 이양하는 방안은 2심 재판에서 군사적 특수성의 확보가 미흡해 지고”, “2심만 민간법원으로 이관한다는 것도 1심의 중요성을 고려하면 재판의 신뢰성과 공정성을 기하기 어려워 설득력이 떨어짐”(강현석·홍태석, 앞의 논문, 56 각주 43)에서 재인용.

307) 이현정, 앞의 논문, 158면.

308) *Vashakmadze, Mindia, op. cit.*, pp. 11.

군사법원을 폐지한 이유가 군사법원의 필요성에 열거되는 논거들의 타당성여부를 판단한 다음에 이루어진 조치가 아니라 국제인권규범에 상응하는 군사법원체계를 구축하기가 그런 만큼 어렵기 때문이었다는 사실은 이미 제4장에서 살펴보았다. 따라서 평시에 군사법원을 설치·운영하지 않는다면 전시에 대응할 수 없다는 논거의 설득력도 그런 만큼 희석되는 것은 아닌가라는 의문도 제기된다.³⁰⁹⁾

(6) 그 밖에도 국방부장관은 법원이 재판권을 가지는 죄의 경우에도 “국가안전보장, 군사기밀보호, 그 밖에 이에 준하는 사정”이 있는 때에는 해당 사건을 군사법원에 기소하도록 결정할 수 있는데 그렇다면 “국가안전보장, 군사기밀보호, 그 밖에 이에 준하는 사정”도 군사법원의 필요성의 근거가 된다. 지나치게 불명확하다는 점 외에도 국가안전보장에 대한 위협·침해는 일반 「형법」에 의하여 이미 내란의 죄, 외환의 죄 그리고 공안을 해하는 죄에 의하여 규율되고 있을 뿐만 아니라 순수 군사범죄로서 군사기밀침해는 애초부터 일반 법원의 재판권을 전제로 하여 제정된 「군사기밀보호법」에 의하여 규율되기 때문에 반드시 이들 사유들에 의하여 군사법원에서 재판하여야 할 필요성이나 당위성이 도출되지 않는다.

(7) 「군형법」에는 일반 형법에 의해서는 처벌할 수 없는 죄들만을 정한 것도 아니다. 아래의 표는 「군형법」에 정한 범죄들을 일반 「형법」에 정한 범죄들과 비교한 것이다.

▶▶▶ [표 11] 「군형법」과 「형법」의 비교

「군형법」	「일반법」	비고
제1장 반란의 죄 제5조(반란죄) 등(“작당(作黨)하여 병기를 휴대하고 반란을 일으킨 사람”): 반란 목적의 군용물 탈취, 반란불보고, 예비·음모	형법상 내란의 죄	
제2장 이적의 죄 제11조(군대 및 군용시설 제공), 제12조(군용시설 등 파괴)	형법상 외환의 죄 군사기지 및 군사시설 보호법	
제14조(일반이적)		
제13조 제1항(간첩)		
제2항([적에게] 군사기밀누설)		

309) 같은 취지로는 이현정, 앞의 논문, 157면 이하.

「군형법」	「일반법」	비고
제3항(부대·기지·군항지역 등에서 간첩·군사기밀누설)		비상계엄 시에는 민간인인 경우에도 단심제(「군사법원법」 제534조 제2호)
제80조(일반적 군사기밀 누설)	군사기밀보호법	
제11장 군용물에 관한 죄 특히 제66조(군용시설 등에 대한 방화), 제67조(노적 군용물에 대한 방화), 제68조(폭발물 파열), 제69조(군용시설 등 손괴), 제70조(노획물 훼손), 제75조(군용물 등 범죄에 대한 형의 가중), 미수범, 과실범, 예비·음모	군사기지 및 군사시설 보호법 형법상 폭발물에 관한 죄 형법상 공안을 해하는 죄 중 제117조(전시공수계약불이행)	
제9장 [상관·초병·직무수행 중인 군인 등에 대한] 폭행·협박·상해·살인의 죄	형법상 폭행·협박·상해·살인 등	평시 초병의 사망의 원인이 범죄인 경우 군인 등은 일반법원이 재판권을 가지나 범인이 민간인이고 피해자가 군인 등인 경우에는 군사법원이 재판권을 가진다. 초병에 대한 폭행·협박·상해·살인의 죄의 경우 비상계엄 시에는 민간인인 경우에도 단심제(「군사법원법」 제534조 제4호)
제15장 강간과 추행의 죄	형법상 강간과 추행의 죄	
제4장 지휘관의 항복과 도피의 죄, 제5장 수소 이탈의 죄, 제6장 군무 이탈의 죄, 제7장 군무 태만의 죄, 제8장 항명의 죄, 제10장 [상관·초병에 대한] 모욕의 죄, 제12장 위령(違令)의 죄, 제14장 포로에 관한 죄(포로 도주·원조·비호 등 죄, 포호학대 등 없음)	× 다만 군무이탈 등은 형법상 직무유기 등 참조 다만 군형법상 상관·초병에 대한 모욕죄 등은 형법상 모욕죄 등 참조 다만 「군형법」 제7장 군무태만의 죄 중 제42조(유해음식물공급)과 관련하여 「형법」 제103조(전시군수계약불이행) 참조.	제7장 근무태만의 죄 중 제42조(유해음식물공급), 제12장 위령의 죄 중 제78조(초소 침범)와 제14장의 포로에 관한 죄의 경우 비상계엄 시에는 민간인인 경우에도 단심제(「군사법원법」 제534조 제3호 및 제4호)
제16장 그 밖의 죄(제93조(부하범죄 부진정), 제94조(정치 관여))	부하범죄 부진정 × 각종 행정법에 정한 정치 관여 금지 참조	
제13장 약탈의 죄	×	「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」 위반은 일반법원이 재판권을 가지나 전쟁범죄나 인도에 반하는 죄 등 행위 주체가 군인을 전제로 한 경우에 재판권 불명확.

이 표에서도 알 수 있듯이 「군형법」 제4장 지휘관의 항복과 도피의 죄와 제8장 항명의 죄를 제외하고는 대체적으로 일반 형법범과 구별되지 않는 경우가 많다. 이 중에서도 제4장에 정한 지휘관의 항복과 도피의 죄는 일반적으로 전시를 상정한 것으로 이해될 수 있으며 항명의 죄의 경우 전시나 작전 중이 아닌 이상 3년 이하의 징역에 처해지는 죄들로서 이것은 상대적으로 경한 죄에 속한다. 따라서 이들 죄들의 처벌을 위하여 평시 상설군사법원을 설치하는 것이 과연 적절한 것인지에 대해서는 의문이 제기된다.

참고로 실제로 평시 군사법원에서 다루어졌던 사건들을 보더라도 군사범죄의 비중은 매우 미미하다. 아래의 표는 2019년부터 2021까지 군인범죄의 처리현황을 나타낸 것이다.

▶▶▶ [표 12] 2019년부터 2021년까지의 군인범죄의 처리현황 (단위: 명)

구분		2019		2020		2021	
		입건	기소	입건	기소	입건	기소
합계		8,800	3,145	8,083	3,061	8,549	3,617
군형법범	상관에대한죄	237	74	239	97	410	151
	항명	1	0	4	2	3	0
	군무이탈	115	55	91	44	71	26
	군용물범죄	60	13	63	24	60	11
	초병에대한죄	91	27	77	31	116	62
	강간/추행	323	123	440	157	682	326
	기타	210	60	336	88	315	108
교통범죄	교통법위반	701	153	571	108	554	139
	도교법위반	117	54	114	50	90	45
	도교법, 음주	530	503	474	431	450	411
	특가법위반	48	32	51	41	53	35
폭력범죄	형법위반	1,562	351	1,358	289	1,352	362
	폭처법위반 등	278	90	302	79	294	110

구분		2019		2020		2021	
		입건	기소	입건	기소	입건	기소
성범죄	형법위반	334	126	221	101	240	141
	성폭법위반	296	138	220	131	330	180
	청소년성보호	101	54	259	149	252	155
	성매매	58	8	21	5	40	11
	기타	0	0	15	6	40	18
기타 형법범	뇌물죄	23	8	15	5	19	7
	문서, 인장	92	21	74	17	55	13
	성풍속	13	7	15	7	2	0
	살인죄	2	2	2	2	2	0
	과실치사상	41	5	36	8	22	8
	절도, 강도	430	78	296	62	209	55
	사기, 공갈	727	268	696	262	816	402
	횡령, 배임	86	25	99	23	66	15
군사기밀보호법		12	7	4	3	8	4
국가보안법		0	0	0	0	0	0
기타		2,312	863	1,990	839	1,998	822
군사범죄		714 (7.1%)	229 (7.3%)	810 (10.0%)	286 (9.3%)	975 (11.4%)	358 (9.9%)
일반범죄		8,086 (91.9)	2,916 (92.7%)	7,273 (90.0%)	2,775 (90.7%)	7,574 (88.6%)	3,259 (90.1%)

* 이 표는 국방부, 『국방통계연보』, 2020-2022를 재구성한 것이다.

이 표를 살펴보면 상관에 대한 죄, 항명, 군무이탈, 군용물범죄, 초병에대한죄 그리고 기타를 포함하여 2019년에 군인범죄로 입건된 8,800명 중 군사범죄는 714건으로서 전체 대비 7.1%에 불과했으며 기소된 것은 전체 3,145명 중 229건으로 7.3%에 그쳤다. 2020년에는 군인범죄로 입건된 8,083명 중 군사범죄는 810건으로서 전체

대비 10.0%, 기소된 것은 전체 3,061명 중 286건으로 9.3%, 2021년에는 입건된 것은 전체 8,549명 중 975건으로서 11.4%, 기소된 것은 전체 3,617명 중 358명으로 9.9%에 그쳤다.

(5) 다섯째 군의 특수성과 군 관련 전문지식을 반영할 필요가 있다면 「형사소송법」 제279조의2부터 제279조의8에 정한 전문심리위원제도를 활용할 수 있으며 군사기밀 등은 이미 「형사소송법」 제110조에 의하여 보호된다.

3. 군사법원체계에 내재하는 구조적인 문제점과 민주적 정당성

헌법재판소가 “헌법 제110조 제1항에서 ‘특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있다’는 의미는 군사법원을 일반법원과 조직·권한 및 재판관의 자격을 달리하여 특별법원으로 설치할 수 있다는 뜻으로 해석되므로 법률로 군사법원을 설치함에 있어서 군사재판의 특수성을 고려하여 그 조직·권한 및 재판관의 자격을 일반법원과 달리 정하는 것은 헌법상 허용되고 있다”³¹⁰⁾고 밝히고 있듯이 군사법원 자체에 대한 위헌의 소지는 적어도 “형식적으로는” 없다는 점은 명백하다. 그리고 군사법원의 독립성과 적법절차의 보장과 관련해서도 “헌법이 군사법원을 특별법원으로 설치하도록 허용하되 대법원을 군사재판의 최종심으로 하고 있고, 구 군사법원법 제21조 제1항은 재판관의 재판상의 독립을, 같은 조 제2항은 재판관의 신분을 보장하고 있으며, 또한 같은 법 제22조 제3항, 제23조 제1항에 의하면 군사법원의 재판관은 반드시 일반법원의 법관과 동등한 자격을 가진 군판사를 포함시켜 구성하도록 하고 있는바, 이러한 사정을 감안하면 구 군사법원법 제6조가 일반법원과 따로 군사법원을 군부대 등에 설치하도록 하였다는 사유만으로 헌법이 허용한 특별법원으로서 군사법원의 한계를 일탈하여 사법권의 독립을 침해하고 위임입법의 한계를 일탈하거나 헌법 제27조 제1항의 재판청구권, 헌법 제11조의 평등권을 본질적으로 침해한 것이라고 할 수 없으며”³¹¹⁾ “군사법원법 제21조 제1항은 “군사법원의 재판관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 재판한다”라고 규정하여 재판관의 재판상의 독립을, 같은 조 제2항은 “군사법원의 재판관은 재판에 관한 직무상의 행위로 인하여 징계 기타 어떠한 불이익한 처분도

310) 헌법재판소 1996.10.31. 93헌바25 전원재판부.

311) 헌법재판소 1996.10.31. 93헌바25 전원재판부.

받지 아니한다"라고 규정하여 재판관의 신분을 보장하고 있으며, 또한 같은 법 제22조 제3항, 제23조 제1항에 의하면 군사법원의 재판관은 반드시 일반법원의 법관과 동등한 자격을 가진 군판사를 포함시켜 구성하도록 하고 있는바, 이와 같은 사정을 감안하여 보면 군사법원법 제6조가 일반법원과 따로 군사법원을 군부대 등에 설치하도록 하였다는 사유만으로 청구인이 주장하는 바와 같이 헌법이 허용한 특별법원으로서 군사법원의 한계를 일탈하여 사법권의 독립을 침해하고 위임입법의 한계를 일탈한 것이거나 헌법 제27조 제1항의 재판청구권, 헌법 제11조의 평등권을 본질적으로 침해한 것이라고 할 수 없다³¹²⁾고 밝히고 있다.

그러나 다른 한편으로 “그러나 아무리 군사법원의 조직 권한 및 재판관의 자격을 일반법원과 달리 정할 수 있다고 하여도 그것이 아무런 한계없이 입법자의 자의에 맡겨 질 수는 없는 것이고 사법권의 독립 등 헌법의 근본원리에 위반되거나 헌법 제27조 제1항의 재판청구권, 헌법 제11조 제1항의 평등권, 헌법 제12조의 신체의 자유 등 기본권의 본질적 내용을 침해하여서는 안될 헌법적 한계가 있다고 할 것이다³¹³⁾”라고 밝히면서 군사법원의 설치의 한계에 관해서도 언급하고 있다.

그래서 군사법원의 문제는 운영에 따른 문제에 불과하고 군사법원 자체를 바꿀 정도로 심각한 것은 아니라는 견해³¹⁴⁾도 있기는 하다.

그러나 과연 그러한가에 대해서는 많은 의문이 제기된다.

(1) 우선 앞서 인용한 헌법재판소의 결정 이후에도 「군사법원법」은 많은 개정을 거쳤고 2021년의 개정에서는 예컨대 군판사, 군검사 그리고 군사법경찰의 독립성을 담보하기 위하여 예컨대 군판사인사위원회의 설치, 군판사와 신분보장(정년, 연임 등), 군검사에 대한 구체적 사건에서의 지휘·감독권의 제한, 군검사의 이의제기권 신설 등 많은 조치들이 도입되었으나 후술하는 바와 같이 여전히 군판사, 군검사, 군사법경찰은 구조적으로 지휘계통에 종속되어 있다는 점(제5장 제6절), 수사, 공소제기, 재판, 형의 집행에 이르는 모든 형사소송단계에 영향력을 행사할 수 있어서 재판의 공정성에 대한 침해로 간주되었던 관할관제도 그리고 (배심원재판과는 그 취지가 다

312) 헌법재판소 1996.10.31. 93헌바25 전원재판부.

313) 헌법재판소 1996.10.31. 93헌바25 전원재판부.

314) 최병호, 앞의 논문, 94면.

른) 비법률가에 의한 재판을 가능하게 하는 심판관제도가 전시에는 운영된다는 점 등(제5장 제7절) 그리고 무엇보다도 국방부가 군령권(입법권), 군정권(군 행정권) 그리고 군 사법권을 독점하고 있다는 것은 권한의 배분을 통한 상호 견제와 균형을 통하여 독립성을 담보하는 것을 어렵게 만든다는 점 등은 현재 군사법원체계에 내재하는 구조적인 문제점이라고 볼 수 있으며 이러한 문제점은 결국 군사재판의 독립성·중립성·투명성·공정성에 대한 국민들의 불신만을 키울 수 있다.

(2) 특히 국방부가 군령권(입법권), 군정권(군 행정권) 그리고 군 사법권을 독점하고 있다는 것과 관련해서는 많은 의문이 제기된다.

「헌법」에서 군사법원에 관한 것은 “제5장 법원”에 규정되어 있는데 대하여 국군에 관한 것은 “제4장 정부 제1절 대통령”에 규정되어 있고 국군의 정치적 중립은 “제3장 국회”에 규정되어 있다는 점에서 우리나라의 사법체계는 통합적이고 단일한 체계로 구성되어 있으며 군사법원은 이러한 통합적이고 단일한 사법체계의 일부분을 구성한다. 이러한 의미에서 군사법원은 일반 법원과 단절되어 분리된 것이 아니라 우리나라 사법체계의 구성요소가 된다. 그리고 「헌법」이 법원에 관한 사항을 “제3장 입법부”와 “제4장 행정부”로부터 분리하여 별도로 제5장에 규정하고 있는 것은 바로 법원은 행정부와 입법부로부터 독립되어 있어야 한다는 점 그래서 당파나 이해관계 그리고 정치에 편향되지 않고 중립적으로 사법권을 행사하여야 한다는 것을 의미한다면, 이것은 “제4장 행정부”에 정한 군대와 “제5장 법원”에 정한 군사법원 간의 관계에 대해서도 그대로 적용되어야 한다. 즉 군령권, 군정권(군행정권 및 군작전권을 포함) 그리고 군 사법권은 상호에 대하여 견제와 균형을 유지하여야 한다(삼권분립). 따라서 법원이 재판에 있어서 독립성·중립성·투명성·공정성을 담보할 수 있도록 조직되어야 한다면 그것은 군사법원에 대해서도 그대로 적용되어야 하며 이러한 기본적 담보장치를 갖추지 않았다면 「헌법」이 정한 (군사법원도 법원의 한 종류라면) 법원의 요건을 충족하지 못한 것이라고 보아야 한다.

(3) 이러한 군사법원에 대한 기본적인 착안점, 즉 한 국가의 통일적인 사법체계의 일부분으로서의 군사법원이라는 관념은 그렇다고 하여 전혀 새로운 것은 아니며 앞서 이미 “제4장 군사재판제도에 관한 국제인권규범과 주요 외국 입법례”에서 살펴보았듯이 여러 국제인권규범이나 주요 외국의 입법례에서 쉽게 찾아볼 수 있다.

즉 유엔 경제사회 이사회 인권위원회의 2005년 4월 20일 결의안 “사법체계의 통일성(Integrity of the judicial system)”³¹⁵⁾ Paragraph 8³¹⁶⁾ 및 이에 관한 2016년 3월 23일 유엔 총회의 결의안³¹⁷⁾은 군사법원은 한 국가의 통일적인 사법체계의 일부분(an integral part of the general judicial system)이어야 하고 일반사법체계로부터 분리된 특수한 사법체계여서는 안된다는 점, 그런 만큼 일반사법체계에서 인정되는 절차적 기본권뿐만 아니라 법원의 독립성·중립성 그리고 공정성은 군사법원에도 동일하게 인정되어야 한다는 점을 확인하고 있다. 이것은 비록 채택되지는 못했지만 유엔 인권 위원회가 2006년에 제시한 “군사재판소를 통한 정의 구현에 관한 기본원칙안”³¹⁸⁾이 “헌법과 법률에 의한 군사법원의 설치”에 관하여 정한 첫 번째 원칙(Principle No. 1)에서 군사법원 설치에 대한 헌법상 근거와 무엇보다도 사법체계 및 사법정의의 통일성(the unity of justice)에 관하여 정하면서 군사법원은 통일적인 사법체계의 밖에 설치되어서는 안 된다는 것을 강조하고 있는 것도 결코 우연은 아닐 것이다.³¹⁹⁾ 그리고 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제6조에 정한 공정한 재판을 받을 권리에 대한 해석가이드³²⁰⁾에서는 군사재판에서의 재판관이 자신의

315) RES/2005/30.

316) RES/2005/30 Paragraph 8.

317) *United Nations General Assembly, Resolution adopted by the Human Rights Council on 23 March 2016, 31/2. Integrity of the judicial system(A/HRC/RES/31/2)*, Paragraph 1, 2, 14(<https://digitallibrary.un.org/record/836557>; 최종접속일: 2023년 10월 15일).

318) *United Nations Commission On Human Rights, Civil And Political Rights, Including The Question Of Independence Of The Judiciary, Administration Of Justice, Impunity: Issue of the administration of justice through military tribunals, DRAFT PRINCIPLES GOVERNING THE ADMINISTRATION OF JUSTICE THROUGH MILITARY TRIBUNALS* 13 January 2006 (Emmanuel Decaux)(E/CN. 4/2006/58), Paragraph No. 17(<https://digitallibrary.un.org/record/571377>; 최종접속일: 2023년 10월 13일); *Commission On Human Rights Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Administration Of Justice, Rule Of Law And Democracy Issue of the administration of justice through military tribunals, 14 June 2004*(Emmanuel Decaux)(E/CN. 4/Sub.2/2004/7) Paragraph No. 10(<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/148/81/PDF/G0414881.pdf?OpenElement>; 최종접속일: 2023년 10월 13일).

319) *Draft(2006): Decaux Principles Principle No. 1 Establishment of military tribunals by the constitution or the law* “Military tribunals, when they exist, may be established only by the constitution or the law, respecting the principle of the separation of powers. They must be an integral part of the general judicial system.”.

320) *The European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (criminal limb)*, Updated on 31 August 2022(https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_6_criminal_eng; 최종접속일: 2023년 10월

임명권자 및 지정권자와 상하 지휘계통에 있는 한 공정한 재판을 기대할 수 없으며 이것은 「유럽인권협약」 제6조에 정한 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이라고 밝히고 있다.³²¹⁾

또한 프랑스가 1982년과 2011년에 점진적으로 군사법원을 폐지하게 된 것도 일반 사법절차와 구별되는 특별사법절차로서의 군사법원은 사법권의 통일성에 반한다는 것이 가장 결정적인 이유였다.³²²⁾³²³⁾ 그리고 종래 미국과 마찬가지로 관할관제도와 심판관제도를 두고 있던 영국의 경우에도 1997년 유럽인권재판소가 “*Findlay 사건(Findlay v. United Kingdom)*”³²⁴⁾에서 영국의 군사재판이 관할관제도 및 심판관제도로 인하여 지휘계통에 종속적인 구조를 가지고 있어서 군사법원의 독립성·중립성 그리고 공정성을 기대하기 어려워 「유럽인권협약」 제6조에 정한 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 판시한 것이 영국 「군사법(*Armed Forces Act 1996*)」의 전면개정의 계기가 되었다.³²⁵⁾ 물론 영국은 아직 평시 군사법원을 유지하고 있으나 군판사를 민간인 법관으로 구성하도록 함으로써 군사법원의 독립성을 담보하기 위하여 최소한의 조직상의 독립성 및 중립성을 확보하고 있다. 또한 호주의 경우에도 2007년에 비상설 군법회의(*Court-Martial*와 *Defence Force Magistrates*)를 대체하여 군의 지휘계통으로부터 독립적인 새로운 상설 군사법원(*Australian Military Court, AMC*)을 국방부 내에 설치하였으나³²⁶⁾ 2009년 호주 최고법원은 상설법원을 설치하기 위해서는

20일).

321) *The European Court of Human Rights, ibid.*, Paragraph 138(pp. 30).

322) 이에 관한 상세한 것은 *Palmer, Edith, France: Military Justice System*, 2013.7., The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, pp. 2(<https://andyreiter.com/wp-content/uploads/military-justice/fr/IO,%20NGO,%20and%20Foreign%20Government%20Reports/France%20-%20202013%20-%20Law%20Library%20of%20Congress%20-%20Military%20Justice%20System.pdf>; 최종접속일: 2023년 6월 29일).

323) 프랑스 군사법원의 폐지와 관련한 것은 앞서 서술한 “주요 외국의 입법례” 참조.

324) 24 EHRR 221 (1997).

325) 영국 군사법원제도의 개혁과정에 관해서는 군사법원의 폐지와 관련한 것은 앞서 서술한 “주요 외국의 입법례” 참조.

326) 호주의 새로운 군사법원에 관한 상세한 것은 *Denton, David H, A Proposed New Military Justice Regime For The Australian Defence Force During Peacetime And In Time Of War*, The University of Western Australia, 2019, pp. 144(<https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=816116074064003017093023092075023081024036042028091005105064118026092074091074093126009003116014006009030064118029097105097083114026028080092006064096114110102085090081005076083065123125027102093097085075120065117100087114>).

적어도 호주 헌법상 법원의 요건을 충족하지 않으며 안된다는 이유로 상설군사법원 설치에 관한 근거법률에 대하여 위헌결정³²⁷⁾을 내린 바 있다.³²⁸⁾ 그 후에도 2010년과 2012년에 새로운 군사법원법안이 발의되기는 했으나 관철되지 못했으며,³²⁹⁾ 현재는 임시적으로 상설 군사법원 도입 이전의 군사법원체제로 유지되고 있으며 새로운 군사법원체제와 관련하여 현재 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)」과의 조화의 문제가 논의되고 있다.³³⁰⁾

(4) 이렇게 볼 때 과연 국방부가 군령권, 군정권 및 군사법권을 독점하고 군 형사사법 구성원들의 인사권을 행사하는 한편 관할관이 군 형사사법과 관련하여 경찰권, 기소권 그리고 재판권에 영향을 미칠 수 있는 군사법원체제에서 군사재판의 독립성과 중립성을 담보하기는 쉽지 않으며 이러한 의미에서 장기적인 관점에서 평시 상설군사법원은 폐지하는 것이 타당하다.³³¹⁾ 그리고 이러한 평시 상설군사법원의 폐지는 이하의 군사법원법의 구체적인 문제점들로부터도 도출된다.

(5) 「헌법」 제110조 제1항은 “군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있다”고 규정할 뿐이어서 동 규정은 강행규범이 아니며³³²⁾ 따라서 법률유

071103084080120112100006007068&EXT=pdf&INDEX=TRUE; 최종접속일: 2023년 7월 9일).

327) *Lane v. Morrison* (2009) 239 CLR 230 (26 August 2009).

328) 이에 관한 상세한 것은 *Cronan, Paul*, “13 - A threatened existence - the operation and adaptation of military discipline in Australia”, in: *Duxbury, Alison/Groves, Matthew, Military Justice in the Modern Age*, Cambridge University Press, 2016, pp. 276.

329) *Denton, David H./Hon Justice Garde, The Chapter III problem - Reimagining the Australian Military Justice System*, “A proposal for a new military justice regime for the Australian Defence Force to operate in peacetime and in time of war”, 14 September 2022, pp. 6([330\) *Tarant, John, ibid.*, p. 283](https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=778127031007078081005092117031089026052002093065027039103118108064007079092108072068110106060011059022008030090068098080111090122019094003010006027115112082113098101095030063100108002020081125114124082113006111102084098125116108088102102123010022009120&EXT=pdf&INDEX=TRUE; 최종접속일: 2023년 10월 27일); Tarant, John</i>, “Human rights and Australian’s military justice”, in: <i>Duxbury, Alison/Groves, Matthew, Military Justice in the Modern Age</i>, Cambridge University Press, 2016, pp. 287.</p>
</div>
<div data-bbox=)

331) 구체적인 논거에서는 차이가 있으나 예컨대 한인섭, 앞의 논문, 9면 이하; 이계수·박병욱, 앞의 논문, 258면 이하; 정지훈, 앞의 논문, 179면 이하; 백상준, 앞의 보고서, 9면 이하; 김연호·김일환, “군사법원제도 정비에 관한 헌법적 검토”, 『미국헌법연구』, 제29권 제3호(2018.12.), 110면 이하; 강현석·홍태석, 앞의 논문, 66면, 강태경·최영신·송윤진·임태훈, 앞의 보고서, 276면.

332) 한인섭, “군사법제도과 헌법개정”, 『사법』, 제1권 제7호(2009), 사법발전재단, 14면; 김정수,

보의 원칙에 따라 입법자가 군사법원을 설치하지 않는다고 하더라도 그것이 곧바로 헌법에 반하는 것은 아니다.

(6) 그리고 「헌법」 제110조 제1항이 “특별법원”으로서 군사법원을 설치할 수 있도록 규정하고 있으나³³³⁾ 이것을 「계엄법」 제2조 제2항이 비상계엄선포의 요건으로 정한 “사법 기능의 수행이 현저히 곤란한 경우”³³⁴⁾와 같은 특별한 상황, 즉 비상계엄 하의 군사법원으로 한정하여 해석하고 그리고 이때에도 「헌법」 “제5장 법원”의 장에 군사법원이 규정되어 있는 취지에 따라 법원의 독립성·중립성·투명성·공정성이 담보되고 형사절차상 기본적 인권이 보장된다는 전제 하에서만 「헌법」 제110조에 따라 설치되는 군사법원은 민주적 정당성을 획득할 수 있다. 또한 「헌법」 제27조 제2항도 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고 평시에도 “대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄중 법률이 정한 경우”에 군사재판을 허용하는 것은 개정되어야 한다.

이상에서 평시 상설군사법원의 폐지의 타당성에 대하여 다루었다면 이하에서는 평시 상설군사법원체제에서 2021년 개정 「군사법원법」의 문제점과 개선방안에 관하여 검토하고자 한다. 이 과정에서 2021년 군 형사사법개혁에 의해서도 해소하지 못하는 군사법원체제의 문제점들이 다루어질 것이며 바로 이러한 구조적인 문제점은 평시 상설군사법원체제의 유지여부에 대한 의문을 던질 것이라고 생각한다.

“군 사법제도 개혁과 헌법적 의미에 대한 소고”, 『연세법학』, 제38권(2021), 82면; 임석순, 앞의 논문, 49면 이하.

333) 특별법원으로서의 군사법원의 특별성에 관한 것은 김정수, 앞의 논문, 83면 이하.

334) 국제인권규범이나 주요 외국 입법례는 계엄 하에서의 민간인에 대한 군사재판의 허용여부를 판단하는 기준들 중의 하나로서 사법기능의 완전한 “정지”를 들고 있다는 점은 이하의 제2절 3. 나. 참조.

제2절 | 민간인에 대한 군사재판

1. 연혁

민간인에 대한 군사재판의 입법연혁은 오래된다.

1948년 7월 5일 「(구)국방경비법」³³⁵⁾에서는 그 적용대상을 군인에만 한정하고 있었으나³³⁶⁾ 1949년 11월 24일 제정된 「계엄법」³³⁷⁾ 제16조는 비상계엄 하에서의 민간인에 대한 군사재판을 정하고 있었다.

그런데 당시 「헌법」에는 아직 군법회의의 설치근거에 관한 규정을 두고 있지 않았으나 1954년 11월 29일 제2차 헌법개정³³⁸⁾에 의하여 처음으로 헌법에 군법회의의 설치근거가 마련되었으나 이때에도 민간인에 대한 군사재판에 관한 규정은 두지 않았다. 그 후 1960년 6월 15일 제3차 헌법개정³³⁹⁾에서 처음으로 계엄 하에서 국민의 권리와 행정기관이나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다는 규정을 두게 된다.

335) 군정법률 제0호, 1948.7.5. 제정, 1948.8.4. 시행. 「국방경비법」의 본문은 “헌정사 자료 DB”에 게재되어 있는 것을 참조하였다(https://db.history.go.kr/item/cons/levelByForm.do?form=%25EB%25AF%25B8%25EA%25B5%25B0%25EC%25A0%2595%25EA%25B8%25B0%2520%25EB%25B2%2595%25EA%25B7%259C&levelId=cons_001_0050_0020_0020_0040; 최종접속일: 2023년 10월 16일).

336) “第一條(軍法被適用者) 左記 各人은 本法의 適用을 받으며, 各 本條項中の 「如何한 軍法被適用者」 또는 「軍法被適用者」를 意味함 但 本法 各 條項은 第一條第三號에 規定된 例外를 除하고는 法律에 依한 別段의 規定이 無한 以上 海岸警備隊 所屬인 如何한 者에 對하여서도 此는 適用되지 안함
 一、定規의 朝鮮警備隊 所屬 將校 及 兵士 또는 志願兵 此에 對하여서는 朝鮮警備隊에 召集 또는 入隊日, 부터 適用함
 服務 또는 訓練의 目的으로 前記 軍務에 適法으로 召集, 選拔 또는 任命되는 其他 各人 此에 對하여서는 前記 服務를 履行하기 爲한 召集, 選拔 또는 任命 手續의 條項에 依하여 指定된 日부터 適用함
 二、士官候補生徒
 三、統■部長命에 依하여 朝鮮警備隊에 服務 또는 訓練의 目的으로 派遣되는 海岸警備隊員 該 海岸警備隊員이 朝鮮警備隊에 派遣되기 前에 犯한 海岸警備法에 該當하는 犯罪에 對하여서도 朝鮮警備隊 軍法會議에서 此를 審判할 수 있음 然이나 本法條項에 該當하는 犯罪에 對하여서 該 派遣勤務 終了 後는 海岸警備隊 軍法會議에서 此를 審判할 수 있음
 四、法令에 依하여 軍法の 適用을 받게 되는 朝鮮警備隊 軍屬
 五、軍法會議 判決에 依하여 服刑中인 者”.

337) 법률 제69호, 1949.11.24. 제정, 1949.11.24. 시행.

338) 헌법 제3호, 1954.11.29. 일부개정, 1954.11.29. 시행.

339) 헌법 제4호, 1960.6.15. 일부개정, 1960.6.15. 시행.

그 후 1962년 1월 20일 제정된 「(구)군형법」³⁴⁰⁾ 제1조 제4항이 “병역법 제6장의 규정에 의한 군사훈련을 받는 재영중인 학생 및 제13조제3항, 제42조, 제54조 내지 제59조, 제78조, 제87조 내지 제91조의 죄를 범한 내외국인”을 그 적용대상에 포함시키게 되고 1981년 4월 17일 개정에 의하여 현행 제1조 제3항에 정한 범죄목록과 거의 동일한 내용을 규정한 제4항이 신설된다.³⁴¹⁾

한편 1962년 12월 26일 국가재건최고회의가 「국가재건비상조치법」³⁴²⁾ 제9조³⁴³⁾에 따라 국회를 대신하여 헌법을 개정³⁴⁴⁾하면서(제5차 헌법개정) 처음으로 군사재판을 받지 않을 권리에 관하여 정한 「(구)헌법」 제24조 제2항³⁴⁵⁾과 비상계엄 하에서의 국민에 대한 군사재판에 관한 제106조 제3항³⁴⁶⁾이 신설되었다. 1980년 10월 27일 제8차 헌법개정에 의하여 국민에 대한 군법회의의 대상범죄가 “군용물·군사시설에 관한 죄”로 확대되었으나(「(구)헌법」 제26조 제2항³⁴⁷⁾) 1987년 10월 29일 제9차 헌법개정에 의하여 대상범죄에서 군사시설에 관한 죄가 삭제되고 종래의 “유해음식물공급”을 “유독음식물공급”으로 개정하여 대상범죄를 제한하는 한편(「헌법」 제27조 제2항³⁴⁸⁾) 비상계엄 하의 군사재판의 단심제의 예외로서 사형을 선고한 경우를 신설하였다(「(구)헌법」 제110조 제4항³⁴⁹⁾).

340) 법률 제1003호, 1962.1.20. 제정, 1962.1.20. 시행.

341) 법률 제3443호, 1981.4.17. 일부개정.

342) 국가재건최고회의령 제42호, 1961.6.6. 제정, 1961.6.6. 시행.

343) 「국가재건비상조치법」 제9조 (국회의 권한행사) “헌법에 규정된 국회의 권한은 국가재건최고회의가 이를 행한다.”.

344) 헌법 제6호, 1962.12.26. 전부개정, 1963.12.17. 시행.

345) 「(구)헌법」 제24조 제2항 “군인 또는 군속이 아닌 국민은 대한민국의 영역안에서는 군사에 관한 간첩죄의 경우와, 초병·초소·유해음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률에 정한 경우, 및 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는, 군법회의의 재판을 받지 아니한다”.

346) 「(구)헌법」 제106조 제3항 “비상계엄하의 군사재판은 군인·군속의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와, 초병·초소·유해음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률에 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다”.

347) 「(구)헌법」 제26조 제2항 “군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유해음식물공급·포로·군용물·군사시설에 관한 죄 중 법률에 정한 경우와, 비상계엄이 선포되거나 대통령이 법원의 권한에 관하여 비상조치를 한 경우를 제외하고는 군법회의의 재판을 받지 아니한다”.

348) 「(구)헌법」 제27조 제2항 “군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다”.

349) 「(구)헌법」 제110조 제4항 “비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩

특히 1987년 헌법개정 과정에서는 민간인에 대한 군사재판의 축소 또는 폐지를 위한 다양한 논의가 이루어졌다고 한다. 예컨대 당시 1987년 민정당의 애초의 헌법개정시안에서는 민간인에 대한 군사재판의 대상범죄에서 유해음식물공급·군용물에 관한 죄를 삭제하여 축소하려고 했으며³⁵⁰⁾(그러나 추후에 다시 삽입하였음³⁵¹⁾), 신한민주당은 민간인에 대한 군사재판을 비상계엄이 선포된 경우 외에는 일절 허용하지 않으려고 했고,³⁵²⁾ 통일민주당은 신한민주당과 마찬가지로 민간인에 대한 군사재판을 비상계엄이 선포된 때에 한정하면서도 더 나아가 “법원이 권한을 정상적으로 행사할 수 없는 경우”에 제한하는 한편³⁵³⁾ 비상계엄 선포 하에서의 대통령의 특별조치와 관련해서도 “법원이 그 직무를 수행할 수 없는 지역에 한하여 영장제도와 법원의 권한에 관한 특별조치를 할 수 있도록[다]” 하는 시안을 제시하였다.³⁵⁴⁾

현행 「헌법」 제27조 제2항은 “군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다”고 규정하고 제110조 제4항은 “비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정함으로써 민간인에 대한 군사재판의 가능성을 열어놓고 있다. 「헌법」 제27조 제2항과 제110조 제4항에 근거하여 「군형법」과 「계엄법」은 민간인에 대한 군사법원의 관할범죄를 정하고 있다.

죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다”.

350) 최호동, 『1987년 헌법규정의 형성과정 연구』, 서울대학교 법학전문대학원 박사논문, 2020, 125면.

351) 최호동, 앞의 논문, 326면, 409면, 423면, 472면.

352) 최호동, 앞의 논문, 145면, 434면, 472면.

353) 최호동, 앞의 논문, 325면, 434면, 472면.

354) 최호동, 앞의 논문, 487면.

2. 대상범죄

내국인·외국인(이하 “내국인”이라 한다)이 군사재판을 받을 수 있는 대상범죄는 매우 광범위한데 이를 정리하면 다음과 같다.

▶▶▶ [표 13] 민간인에 대한 군사재판의 재판권

	「군형법」 (제1조 제4항)	「군사법원법」	「계엄법」 (제10조 제1항)
군형법	군사기밀 누설 등 ³⁵⁵⁾ 유해 음식물 공급 ³⁵⁶⁾ 초병에 대한 폭행·상해·살해·살해예비음모 등의 죄 ³⁵⁷⁾ 군용물 등에 대한 방화 등의 죄 ³⁵⁸⁾ (다만 제66조, 제68조, 제69조 및 그 미수범의 경우와 외국군의 경우 군사시설 제외. 「군사법원법」 제2조제1항 제1호 가목부터 다목 및 마목) ³⁵⁹⁾ 군용물 등 범죄에 대한 형의 가중 ³⁶⁰⁾ 외국의 군용시설 또는 군용물에 대한 행위 ³⁶¹⁾ 초소의 침범 ³⁶²⁾ 포로 도주원조 ³⁶³⁾ 군사기밀 누설 등 미수범 ³⁶⁴⁾ 초병에 대한 폭행·상해 등의 죄의 미수범(다만 중상해 제외) ³⁶⁵⁾ 초병살해의 미수범 ³⁶⁶⁾ 군용물 등에 대한 방화 등의 죄의 미수범(다만 군사시설 제외. 「군사법원법」 제2조 제1항 제1호 라목 및 마목) ³⁶⁷⁾ 포로 도주원조죄의 미수범 ³⁶⁸⁾	제3조 제2항: 「군사기밀보호법」 제13조의 죄와 그 미수범	
형법		제3조 제1항: 「계엄법」	내란의 죄 외환의 죄 국교에 관한 죄 공안을 해치는 죄 폭발물에 관한 죄 공무방해에 관한 죄 방화의 죄

	「군형법」 (제1조 제4항)	「군사법원법」	「계엄법」 (제10조 제1항)
기타			<p>통화에 관한 죄 살인의 죄 강도의 죄</p> <p>11. 「국가보안법」에 규정된 죄</p> <p>※ 「국가보안법」 제13조(특수가중) - 헌법재판소 2002.11.28. 2002헌가5 전원재판부 - 단순위헌) - 2023년 현재까지 미개정</p> <p>12. 「총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률」에 규정된 죄</p> <p>13. 군사상 필요에 의하여 제정한 법령에 규정된 죄</p>
심급	평시 - 3심제	<p>제534조 비상계엄 선포시의 상소권 제한 「군형법」 제13조제3항의 죄를 범한 사람과 그 미수범(제2호) 「군형법」 제42조의 죄를 범한 사람(제3호) 「군형법」 제54조부터 제56조까지, 제58조, 제58조의2부터 제58조의6까지, 제59조 및 제78조의 죄를 범한 사람과 같은 법 제58조의2 및 제59조제1항의 미수범(제4호) 「군형법」 제87조부터 제90조까지의 죄를 범한 사람과 그 미수범(제5호)</p>	<p>3심제 ※ 비상계엄 하에서의 군인 및 민간인의 특정범죄 - 단심제원칙, 사형을 선고하는 경우 예외(「헌법」 제110조 제4항; 「군사법원법」 제534조)</p>

355) 「군형법」 제13조(간첩) 제2항 및 제3항의 죄.

356) 「군형법」 제42조(유해 음식물 공급).

357) 「군형법」 제54조(초병에 대한 폭행, 협박), 제55조(초병에 대한 집단 폭행, 협박 등), 제56조(초병에 대한 특수 폭행, 협박), 제58조(초병에 대한 폭행치사상), 제58조의2(초병에 대한 상해), 제58조의3(초병에 대한 집단상해 등), 제58조의4(초병에 대한 특수상해), 제58조의5(초병에 대한 중상해), 제58조의6(초병에 대한 상해치사), 제59조(초병살해와 예비, 음모).

358) 「군형법」 제66조(군용시설 등에 대한 방화), 제67조(노적 군용물에 대한 방화), 제68조(폭발물 파열), 제69조(군용시설 등 손괴), 제70조(노획물 훼손), 제71조(합선·항공기의 복물 또는 손괴).

이 표를 살펴보면 「군형법」 제1조는 「군형법」의 적용대상자에 대하여 정하면서 동조 제4항은 13개 항목 39개 「군형법」 조문들이 평시 및 전시에 민간인 및 외국인에게 적용되도록 정하고 있다. 또한 「계엄법」 제10조 제1항은 비상계엄 시에 민간인에게 적용되는 죄로서 「형법」 각칙의 10개 장의 죄를 열거하고 있다.

그런데 「군사법원법」 제3조는 “그 밖의 재판권”에 관하여 정하면서 「계엄법」(제1항)과 「군사기밀보호법」 제13조에 정한 “업무상 군사기밀 누설”(제2항)을 열거하고 있으나 이와 관련하여 내국인·외국인이 이들 법률들을 위반한 경우에 군사재판을 받게 되는 것인지에 관해서는 침묵하고 있어서 그 해석이 명확하지 않다. 다만 「군사법원법」이 내국인·외국인에 대한 군사법원의 재판권을 특별히 제2조 제1항에 정하고 있다는 점 그리고 동항 제1호가 참조하는 「군형법」 제1조 제4항에는 「군사기밀보호법」 제13조가 열거되지 않았다는 점을 고려할 때 「군사기밀보호법」 제13조를 위반한 민간인은 군사재판을 받지 않는다고 해석될 수도 있다. 그러나 「군사기밀보호법」은 애초부터 민간인이 그 적용대상이라는 점을 고려할 때 「군사법원법」 제3조 제2항이 특별히 「군사기밀보호법」 제13조를 열거하고 있다는 것은 「군사기밀보호법」에 정한 죄들 중 특히 제13조의 죄는 군사법원이 재판권을 가진다고도 해석될 수도 있다. 여기에서는 후자의 해석에 따라 서술하도록 한다.

또한 「계엄법」의 외국인에 대한 적용과 관련해서도 「군사법원법」이 특별히 내국인·외국인이라고 규정하고 있어서 외국인이라는 표현이 없는 계엄법의 경우 외국인에 대한 적용여부가 문제되는 것처럼 보이지만 「형법」 제8조가 “본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다”고 규정하

359) 헌법재판소 2013.11.28. 2012헌가10 전원재판부.

360) 「군형법」 제75조 제1항 제1호의 죄.

361) 「군형법」 제77조.

362) 「군형법」 제78조.

363) 「군형법」 제87조(간수자의 포로 도주 원조), 제88조(포로 도주 원조), 제89조(포로 탈취), 제90조(도주포로 비호).

364) 「군형법」 제13조제2항 및 제3항의 미수범.

365) 「군형법」 제58조의2부터 제58조의4까지의 미수범.

366) 「군형법」 제59조제1항의 미수범.

367) 「군형법」 제66조부터 제70조까지 및 제71조제1항·제2항의 미수범.

368) 「군형법」 제87조부터 제90조까지의 미수범.

고 있고 「형법」 총칙 제3조부터 제6조까지 형법의 외국인에 대한 적용에 관하여 정하고 있기 때문에 이 범위 내에서는 「계엄법」도 외국인에 대해서 적용된다고 해석된다.

3. 문제점 및 개선방안

앞서 서술한 바와 같은 비상계엄 하에서 뿐만 아니라 평시에도 민간인은 군사재판을 받을 수 있을 뿐만 아니라 비상계엄 하에서는 특정범죄에 대하여 민간인도 단심 군사재판을 받을 가능성이 있기 때문에(「헌법」 제110조 제4항; 「군사법원법」 제534조) 민간인에 대한 군사재판의 문제는 매우 논란이 많은 것이 사실이다.

그런데 이처럼 국가비상사태 하에서뿐만 아니라 평시에도 민간인에 대하여 군사재판을 받도록 하는 것이 과연 적정한가에 대해서는 많은 의문이 제기된다. 이하에서는 이를 평시와 비상계엄 시로 구분하여 검토하고자 한다.

가. 평시 군사법원의 민간인에 대한 재판권

「헌법」 제27조 제2항은 “군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다”고 규정함으로써 동조 제1항이 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”는 규정과의 관련 하에서 국민의 권리보장에 관하여 정하고 있으나 다른 한편으로 「헌법」 제27조 제2항은 평시라도 “중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄중 법률이 정한 경우”에는 얼마든지 국민으로 하여금 군사재판을 받도록 할 수 있다는 근거규정으로 활용되기도 한다.³⁶⁹⁾

그러나 이러한 헌법상 근거규정에도 불구하고 민간인에 대하여 평시에도 군사재판을 받도록 하는 것이 과연 적당한가에 대해서는 많은 의문이 제기된다.

(1) 첫째 평시 민간인에 대한 군사재판은 평시 상설군사법원의 필요성과도 조화되지 않는다. 즉 근거강 유지나 군지휘권 확립은 민간인에 대한 군사재판을 통하여 달성할 수 있는 것은 아니다. 이것은 「(구)군사법원법」(2015년 2월 3일 법률 제13126호에

369) 이에 대한 비판적인 견해로는 김연호·김일환, 앞의 논문, 109면 이하.

의하여 개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제1호가 (구)군형법상 군용시설·군용물 등의 방화 등의 죄를 군사법원의 관할범죄로 정하면서 군용시설·군용물 등에 군사시설을 포함시킨 것에 대한 헌법재판소의 단순위헌 결정에서도 명확히 밝히고 있다.³⁷⁰⁾ 즉 헌법재판소는 “군기의 유지와 군 지휘권 확립의 필요성, 평시에도 항상 대기하고 집단적 병영생활을 하는 군 임무의 특성상 언제 어디서나 신속히 군사재판을 할 필요성, 군사범죄를 정확히 심리하고 판단할 필요성, 군사법원 체제가 전시에 제대로 기능하기 위해서 평시에 미리 조직·운영될 필요성 등을 들어, 평시에 군사법원을 설치하여 군인 또는 군무원에 대한 재판권을 행사하는 것을 합헌으로 판단한 바 있다(헌재 1996. 10. 31. 93헌바25, 판례집 8-2, 443, 452-453; 헌재 2009. 7. 30. 2008헌바162, 판례집 21-2상, 280, 289-290 참조)”고 군사법원의 필요성을 실시한 후 “그러나 비상계엄 시가 아닌 평시에 일반 국민에 대한 군사법원의 재판권 행사에 있어서, 이러한 군의 특수성을 강조하기는 어렵다. 일반 국민에 대한 군사법원의 재판은 헌법 제27조 제1항이 보장하는 ‘헌법과 법률이 정한 법관’에 의하여 재판을 받을 권리의 예외이며, 헌법 제27조 제2항의 취지는 평시 일반 국민에 대한 군사법원의 재판권을 제한하려는 것이므로, 일반 국민에 대한 군사법원의 재판권 범위를 규정한 헌법 제27조 제2항은 엄격하게 해석하여야 할 것이다. 실제로 일반 법원에서 ‘군사기지 및 군사시설 보호법’을 위반한 일반 국민을 재판하고 있는 예에서 볼 수 있듯이, 일반 법원도 군용시설 중 전투용에 공하는 시설을 손괴한 군인 또는 군무원이 아닌 국민을 얼마든지 재판할 수 있고, 일반 법원이 재판한다고 해서 군기의 유지나 군 지휘권 확립 등에 지장을 가져 오는 것도 아니다.”³⁷¹⁾라고 밝히고 있다.

(2) 둘째 이러한 헌법재판소의 논리대로라면 「군형법」에서 열거하고 있는 대부분의 죄들이 민간인에 대한 군사재판에서 제외될 필요가 있다. 즉 “군인 또는 군무원이 아닌 국민을 얼마든지 일반법원이 재판할 수 있고, 일반 법원이 재판한다고 해서 군기의 유지나 군 지휘권 확립 등에 지장을 가져 오는 것도 아니[라면]” 침해의 최소성의 원칙에 따라 일반법원이 재판권을 가지는 것이 타당하다.

① 제1절 “3. 군사법원체계에 내재하는 구조적인 문제점과 민주적 정당성” “표 11

370) 헌법재판소 2013.11.28. 2012헌가10 전원재판부.

371) 헌법재판소 2013.11.28. 2012헌가10 전원재판부.

「군형법」과 「형법」의 비교」와 본 절 2. “표 13 민간인에 대한 군사재판의 재판권”에 정한 범죄들을 비교해 보면 「군형법」 제1조 제4항이 열거하고 있는 범죄들은 대체적으로 「형법」 및 관련법률들에 의하여 규율되고 있으며 일반 형법범으로도 충분히 대응가능하다³⁷²⁾는 것을 알 수 있다. 따라서 평시에 민간인을 「형법」 및 관련법률이 아니라 군형법을 적용하여 군사재판을 받도록 하는 것은 적어도 헌법재판소의 견해에 따르면 타당하지 않게 된다.

② 예컨대 군사기밀과 관련하여 「군형법」 제13조(간첩) 제2항은 군사기밀을 적에게 누설하는 행위(제2항)와 부대 등 군사시설에서의 군사기밀을 누설하는 행위(제3항)를 한 민간인을 군사법원이 재판하도록 정하고 있는데 군사기밀누설행위는 이미 「형법」 제98조 제2항에 의하여 일반법원에서 재판하고 있다. 즉 군사상기밀누설 등의 죄는 헌법재판소의 견해에 따른다면 “군인 또는 군무원이 아닌 국민을 얼마든지 재판할 수 있고, 일반 법원이 재판한다고 해서 군기의 유지나 군 지휘권 확립 등에 지장을 가져 오는 것도 아니다”. 더욱이 형법이 일반 법원으로 하여금 재판하도록 하고 있다는 것은 이미 일반 법원이 재판한다고 하여 국가안전보장을 해하는 것도 아니라는 것을 의미한다.

이것은 「군사기밀보호법」 제13조의 죄를 범한 민간인에 대한 군사재판에도 그대로 적용된다. 특히 「군사기밀보호법」 제22조는 “검사의 수사 지휘 등”에 관하여 정하면서 군사법경찰관리에 대한 검사의 지휘(제1항), 군형법의 적용을 받지 아니하는 피의자의 범죄 수사와 관련한 검사의 지휘(제2항), 지방검찰청 검사장 등의 군 수사기관의 감찰권(제3항)에 관하여 정하고 피의자가 불법으로 구속된 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있으면 즉시 피의자에 관한 사건을 검찰에 송치할 것을 명할 수 있도록 하고 있다는 점을 고려할 때에도 이미 「군사기밀보호법」 위반행위는 검찰의 수사 및 수사 지휘에 의해서도 충분히 대응할 수 있다는 것을 말해준다.

이것은 애초부터 일반법원이 재판하고 있는 「군사기지 및 군사시설 보호법」 관련 죄들의 경우에도 동일하게 적용된다.

③ 또한 초병에 대한 폭행·상해·살해·살해예비음모 등의 경우에도 앞서 서술한 것과 크게 다르지 않다. 즉 「군사법원법」 제2조 제2항 단서 제2호는 일반 법원이 재판권을 가지는 죄들 중 “「군형법」 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람이 사망하거나

372) 정지훈, 앞의 논문, 193면 이하.

사망에 이른 경우 그 원인이 되는 범죄"를 들고 있기 때문에 「군형법」이 이 죄에 대하여 군사법원의 재판권을 정할 필요가 없을 뿐만 아니라 피해자의 특별신분관계에 따라 재판권을 달리하는 것이 과연 법 앞의 평등의 원칙에 상응하는 것인지도 의문이다.

(3) (“나. 비상사태 하에서의 민간인에 대한 군사재판”에서 후술하는 바와 같이) 평시에 군사법원이 민간인에 대한 재판권을 가지는 것은 평시 민간인에 대한 군사재판을 엄격하게 금지하고 국가비상사태 하에서도 사법권이 정지된 극히 예외적인 경우에 한하여 민간인에 대한 군사재판이 이루어지도록 그리고 이때에도 공정한 재판을 받을 권리를 정한 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제14조에 정한 기본적 인권이 완전히 보장되도록 정한 국제인권규범과 유엔 결의안에도 반한다. 그리고 유엔 인권위원회가 2006년에 제시한 “군사재판소를 통한 정의 구현에 관한 기본원칙안” Principle No. 5는 심지어 “군사법원은 원칙적으로 시민에 대하여 재판권을 가져서는 안된다. 어떤 상황에서라도 국가는 어떤 성격의 범죄라고 하더라도 해당 범죄로 기소된 시민에 대해서는 일반 법원의 재판을 받도록 보장하여야 한다”고 요구하고 있다.

그리고 세계의 지역인권재판소에서도 민간인에 대한 군사재판은 군사재판의 기능적 관할(*functional jurisdiction*)³⁷³⁾에 속하지 않을 뿐만 아니라 공정한 재판을 받을 권리를 정한 국제인권규약에 반한다는 결정을 내리고 있다. 예컨대 미주인권재판소(*Inter-American Court of Human Rights*)는 테러혐의로 페루에서 군사재판을 받은 칠레국적 민간인이 제기한 소송(*Castillo Petruzzi et al. v Peru* 사건³⁷⁴⁾)에서 군사재판의 목적이 군기율의 유지나 군지휘권 확립에 있다면 애초부터 민간인은 군인이 아니어서 군인의 기능을 수행하지 않기 때문에 민간인에 대하여 군기율을 유지하거나 군지휘권을 확립할 목적을 관철시킬 수 없을 뿐만 아니라 군사재판의 독립성·공정성도 담보하지 못하고 있다는 이유로 민간인이 군사재판을 받을 수 있도록 정한 페루 국내법은 미주인권규약(*American Convention On Human Rights*)에 반한다고 결정한 바 있다.³⁷⁵⁾

373) *Cerna, Christina M., op. cit.*, pp. 334.

374) *Castillo Petruzzi et al. v Peru*, Judgment of 30 May 1999, Inter-American Court of Human Rights, Ser. C, No. 52 para. 222, 226; 이 사건에 관한 상세한 것은 *Cerna, Christina M., op. cit.*, pp. 334; *Vashakmadze, Mindia(2018), op. cit.*, p. 32.

375) *Cerna, Christina M., op. cit.*, p. 335; *Vashakmadze, Mindia(2018), op. cit.*, p. 32.

더욱이 평시에 민간인을 군사재판을 받도록 하는 입법례는 영국, 미국 그리고 스위스(스위스 「군형법」 제3조 제1항 제7호부터 제9호) 등이 있으나 이를 제한하는 추세에 있는 것이 사실이다. 예컨대 2013년 평시 상설군사법원을 폐지한 대만의 경우 「헌법」 제9조에서 현역군인을 제외하고는 누구도 군사재판을 받지 아니한다고 규정하고 있으며 이에 상응하여 「군형법」의 인적 적용범위는 군인에 한정하고 있다(대만 「군형법」 제3조부터 제7조). 독일의 경우에도 군형법의 적용대상은 엄격하게 군인에 한정하고 있다(독일 「군형법」 제1조). 영국의 경우 군사법원의 재판권은 군인범죄(영국 국군법 2006」 제2조 제5항 및 제6항)의 민간인 공범과 군과 계약관계에 있는 민간인에 한정하고 있는데 이때에도 후자의 경우에는 보통군사법원이 아닌 “군복무시민법원(*Service Civilian Court*)”에서 재판하도록 함으로써 민간인에 대한 군사재판을 제한하고 있다.

(4) 이상과 같이 민간인에 대한 군사법원의 재판권을 정한 죄들은 일반 법원이 국민을 얼마든지 재판할 수 있고, 일반 법원이 재판한다고 해서 군사법원의 필요성, 예컨대 군기의 유지, 군 지휘권 확립, 군전투력의 보존, 국가안전보장 등에 지장을 가져 오는 것도 아니며 국제인권규범도 평시 민간인에 대한 군사재판을 엄격하게 제한하고 있다는 점을 고려할 때 평시 민간인에 대한 군사재판은 폐지하는 것이 타당하다. 더욱이 「헌법」 제27조 제2항이 “군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다”고 규정한 것은 기본권보장 규정이며, 따라서 「헌법」 제27조 제2항은 민간인에 대한 군사법원의 재판권을 정당화시킬 목적으로 남용되어서는 안 된다.

(5) 따라서 동 규정의 남용가능성을 원천적으로 차단한다는 의미에서 「헌법」 제27조 제2항의 “대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는”이라는 범문언을 삭제하는 것이 타당하다.³⁷⁶⁾

376) 김연호·김일환, 앞의 논문, 109면 이하.

나. 비상사태 하에서의 민간인에 대한 군사재판

「헌법」 제77조 제1항은 대통령이 “전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때” 계엄을 선포할 수 있도록 정하고 있으며 「계엄법」 제2조는 비상계엄은 “전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 시 적과 교전 상태에 있거나 사회질서가 극도로 교란되어 행정 및 사법 기능의 수행이 현저히 곤란한 경우에 군사상 필요에 따르거나 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여” 선포할 수 있다고 규정하여 헌법상 계엄요건보다 비상계엄의 요건을 엄격하게 규정하고 있다.

그리고 「헌법」 제77조 제3항은 “비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다”고 규정하는 한편 「헌법」 제110조 제4항은 “비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다.

그러나 「헌법」 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정함으로써 비상계엄 하에서 국민의 기본권은 법률유보에 따라 제한될 수 있지만 이 때에도 “자유와 권리의 본질적인 내용”은 침해할 수 없다고 규정하여 비상계엄 하에서의 기본권제한에 한계를 명시하고 있다.

그런데 이러한 비상계엄 하에서의 민간인에 대한 군사재판에 대한 「헌법」의 근거규정도 불구하고 「군사법원법」 “제5편 전시·사변 시의 특례”와 「계엄법」에 정한 민간인에 대한 군사재판에 관한 규정이 전혀 문제가 없는 것은 아니다.

첫째 비상계엄 하에서의 군사재판이 「헌법」 제37조 제2항이 말하는 “자유와 권리의 본질적인 내용”을 침해하지 않는가라는 문제가 제기된다. 이것은 무엇보다도 후술하는 제6절 “군판사, 군검사 그리고 군사법경찰관의 독립성 및 중립성”에서 상세히 다루게 될 재판의 독립성·중립성·투명성·공정성과 관련된다. 즉 독립성, 중립성 그리고 투명성이 담보되지 않은 군사재판은 「헌법」 제37조 제2항과 「시민적 및 정치적 권리

에 관한 국제규약」 제14조가 보장하는 자유와 권리의 본질적인 내용인 공정한 재판을 받을 권리를 침해하기 때문이다.

제4장에서 이미 살펴보았듯이 예외적인 상황 하에서의 민간인에 대한 군사재판 혹은 특별법원에 의한 재판일수록 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제14조에 정한 기본적 권리들이 침해될 위험이 큰 만큼 동 규정에 정한 기본적 권리들은 일반재판에서든 그리고 군사재판이나 특별재판에서든 예외없이 적용되어야 한다는 점,³⁷⁷⁾ 특히 민간인에 대한 군사재판은 극히 예외적인 경우에 한하여 동 협약 제14조의 완전한 보장이라는 조건 하에서만 허용되어야 한다는 점 그리고 이런 의미에서 동 협약 제14조는 민간인에 대한 군사재판의 한계가 된다는 점은 동 협약에 대한 해설 *General comment No. 13*,³⁷⁸⁾ *General comment No. 29*³⁷⁹⁾ 그리고 *General comment No. 32*³⁸⁰⁾ 등에서 여러 차례에 걸쳐 확인되고 있음은 이미 앞서 언급하였다(제4장 제1절). 이것은 유엔 인권고등판무관실이 2003년에 발간한 법관, 검사 그리고 법률가를 위한 매뉴얼 중 “제16장 국가비상사태 하에서의 사법정의(*The administration of justice during States of emergency*)”에서도 크게 다르지 않다.³⁸¹⁾

또한 1984년 8월 26일부터 9월 1일까지 파리에서 개최된 국제법협회(*International Law Association*)에서 채택된 “파리 국가비상사태에서의 인권의 최소기준(*Paris Minimum Standards Of Human Rights Norms In A State Of Emergency*)” “구제받을 권리”에 관하여 정한 제16조 제4항은 “민간법원은 안보 또는 관련범죄와 관련하여 민간인에 대한 모든 재판권을 가지고 있어야 하고 유지되어야 한다. 즉 군사재판에서의 재판 또는 군사법원으로서의 이관은 금지된다. 국가비상사태에서 그 실질에 있어서 정치적인 성격을 가지는 범죄에 대한 형사재판을 담당하는 특별법원의 창설하는 것은 법의 지배의 원칙에 반한다”³⁸²⁾고 밝히고 있다.

377) *General comment No. 13* Paragraph 4.

378) *General Comment No. 13* Paragraph 4.

379) *General comment No. 29* Paragraph 15.

380) *General Comment No. 32* Paragraph 22(CCPR/C/GC/32, 23 August 2007)(<https://digitallibrary.un.org/record/606075>; 최종접속일: 2023년 11월 9일).

381) *Office Of The High Commissioner For Human Rights In Cooperation With The International Bar Association, op. cit., pp. 831, pp. 870.*

382) *Paris Minimum Standards Of Human Rights Norms In A State Of Emergency* Article 16 (Right to Remedy) Paragraph 4 “Civil courts shall have and retain jurisdiction over all

그리고 유엔 인권위원회에 따르면 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」은 일반법원이든 특별법원이든 모든 법원에 적용되어야 하며³⁸³⁾ 특히 형사사법상의 절차적 권리와 사법심사의 보장은 국가비상사태 하에서도 제한되어서는 안 된다고 밝히고 있다.³⁸⁴⁾

이러한 국제인권규범 및 유엔 결의안 등은 궁극적으로 군사법원은 그 구조적인 한계, 즉 군의 지휘계통에 종속될 수밖에 없다는 점에서 재판의 독립성·중립성·투명성·공정성을 확보하는 것이 어렵다는 점에 기인한다. 그래서 1985년 8월 26일부터 9월 6일까지 개최된 제7차 범죄예방 및 범죄인 처우에 관한 유엔총회에서 채택된 “사법의 독립의 기본원칙들(Basic Principles on the Independence of the Judiciary)”에서도 “어느 누구도 기존에 확립된 법적 절차를 따르는 일반법원에 의한 재판을 받을 권리를 가져야 한다. 정당하게 확립된 법적 절차를 따르지 않는 재판소를 창설하여 일반법원 또는 재판소에 속하는 재판권을 대체하려고 해서는 안 된다”³⁸⁵⁾는 원칙을 채택한 것은 결코 우연한 것은 아니다.

둘째 그렇다면 국가비상사태 하에서도 극히 예외적인 상황이란 무엇인가에 대하여 의문이 제기된다. 이와 관련하여 유엔 인권위원회가 2006년에 제시한 “군사재판소를 통한 정의 구현에 관한 기본원칙안” Principle No. 3은 사법기능이 정지되지 않은

trials of civilians for security or related offences; initiation of any such proceedings before or their transfer to a military court or tribunal shall be prohibited. The creation of special courts or tribunals with punitive jurisdiction for trial of offences which are in substance of a political nature is a contravention of the rule of law in a state of emergency”. 이 최소기준의 원문은 *Lillich, Richard B., “The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency”, in: The American Journal of International Law, Vol. 79, No. 4 (Oct., 1985), pp. 1072-1081*에 실려 있다. 그 밖에 *Vashakmadze, Mindia(2018), op. cit., p.10.*

383) *General comment No. 13: Article 14 (Administration of justice) Paragraph 4: “The provisions of article 14 apply to all courts and tribunals within the scope of that article whether ordinary or specialized.”* ((Twenty-first session, 1984), *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 14 (1994).*)

384) *General Comment No. 29 States Of Emergency (Article 4) Paragraph 15.*

385) *Basic Principles on the Independence of the Judiciary Paragraph 5: “Everyone shall have the right to be tried by ordinary courts or tribunals using established legal procedures. Tribunals that do not use the duly established procedures of the legal process shall not be created to displace the jurisdiction belonging to the ordinary courts or judicial tribunals”*(<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary>; 최종접속일: 2023년 11월 9일).

이상 군사법이 일반법을 대체할 수 없을 뿐만 아니라 군사법원이 일반법원을 대체할 수 없으며,³⁸⁶⁾ 이러한 의미에서 Principle No. 5³⁸⁷⁾는 심지어 “군사법원은 원칙으로 시민에 대하여 재판권을 가져서는 안된다. 어떤 상황에서라도 국가는 어떤 성격의 범죄라고 하더라도 해당 범죄로 기소된 시민에 대해서는 일반 법원의 재판을 받도록 보장하여야 한다”고 권고한다. 또한 Principle No. 8은 군사재판은 군인에 의하여 범하여진 군인의 특수신분관계와 밀접하게 관련된 순수 군사에 관한 범죄에 대해서만 그리고 일반법원이 통상의 재판권을 행사할 수 없는 경우에 대해서만 제한되어야 한다고 권고하고 있다.³⁸⁸⁾

「계엄법」 제2조 제2항도 “전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 시 적과 교전 상태에 있거나 사회질서가 극도로 교란되어 행정 및 사법 기능의 수행이 현저히 곤란한 경우에” 한하여 군사상 필요에 따르거나 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 대통령이 계엄을 선포할 수 있도록 하고 있다는 점에서 법문언상 앞서 언급한 국제인권규범 등의 요건을 충족하고 있다.

그러나 과거 예컨대 ① 1948년 여순(여수·순천)사건(1948년 10월 21일부터 1949년 2월 5일), ② 1947년 제주 4.3 사건(1948년 11월 17일부터 12월 31일),³⁸⁹⁾ ③ 1950년 6월 25일 한국전쟁, ④ 1960년 4.19 의거, ⑤ 1961년 5월 15일 5.16 군사정변, ⑥ 1964년 한일회담 반대 시위(6.3 학생운동)(1965년 8월 26일 위수령 발동), ⑦ 1972년 10월 17일 10월 유신, ⑧ 1979년 10월 부마민주항쟁(부산-비상계엄, 마산·창원-위수령), ⑨ 1979년 10.26 이후(1979년 10월 27일부터 1981년 1월 24일) 등 9차례에 걸쳐 비상계엄이 선포되었으나 한국전쟁을 제외하고 비상계엄이 자의적으로 선포되었던

386) *Draft(2006): Decaux Principles Principle No. 3 Application of martial law.*

387) *Draft(2006): Decaux Principles Principle No. 5 Jurisdiction of military courts to try civilians: “Military courts should, in principle, have no jurisdiction to try civilians. In all circumstances, the State shall ensure that civilians accused of a criminal offence of any nature are tried by civilian courts”;* Paragraph 20, 21도 참조.

388) *Draft(2006): Decaux Principles Principle No. 8 “The jurisdiction of military courts should be limited to offences of a strictly military nature committed by military personnel. Military courts may try persons treated as military personnel for infractions strictly related to their military status”.*

389) 1949년 11월 24일 「계엄법」이 제정되기 전(법률 제69호, 시행 1949.11.24. 시행)이었기 때문에 일제강점기에 우리나라에 적용되었던 일본 계엄령의 「합위지경계엄(合圍地境戒嚴)」이 선포되었다고 한다. 우리나라에 시행되었던 일본 계엄령에 관한 것은 백운철, “일제치하에서 계엄법”, 『세계헌법연구』, 제18권 제2호(2012.8.), 세계헌법학회 한국학회, 61면 이하.

것은 아닌가에 대해서는 여전히 논란이 있으며³⁹⁰⁾ 이들 비상계엄령 하에서의 군사재판으로 인한 갈등과 피해회복의 노력은 현재까지도 계속되고 있다.³⁹¹⁾ 심지어는 한국 전쟁 당시의 군사재판의 남용문제도 제기되고 있는 상황이다.³⁹²⁾

이러한 비상계엄 선포의 남용가능성이 존재할수록 일반사법기능이 정지되지 않는 한 군사재판이 일반 사법기능을 대체할 수 없으며 그런 만큼 사법절차에서의 기본권도 정지되지 않는다는 원칙을 관철할 필요가 있다.³⁹³⁾ 이러한 생각은 이미 1987년 헌법개정 과정에서 통일민주당이 제시했던 헌법개정시안에서도 찾아볼 수 있다. 즉 동 개정시안은 민간인에 대한 군사재판을 비상계엄이 선포된 때에 한정하면서도 더 나아가 “법원이 권한을 정상적으로 행사할 수 없는 경우”에 제한하는 한편³⁹⁴⁾ 비상계엄 선포 하에서의 대통령의 특별조치와 관련하여서도 “법원이 그 직무를 수행할 수 없는 지역에 한하여 영장제도와 법원의 권한에 관한 특별조치를 할 수 있도록[다]” 하는 시안을 제시했던 것이다.³⁹⁵⁾

셋째 그런데 「계엄법」 제10조와 관련하여서도 문제가 전혀 없는 것은 아니다. 즉 동조의 법문언에 따르면 소급적으로 군사법원의 재판을 받을 수 있게 된다.³⁹⁶⁾ 즉 동조 제1항은 “비상계엄지역에서 제14조 또는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄를 범한 사람에 대한 재판은 군사법원이 한다”고 공간적 적용범위만을 규정하고 시간적 적용범위를 규정하고 있지 않아 비상계엄 선포 전이라도 공판일이 비상계엄

390) 한인섭(2009), 앞의 논문, 24면 이하.

391) 예컨대 『법률신문』 2023년 8월 24일 보도 “‘10·26 때 미허가집회’…재심 사건에서 檢 ‘무죄’ 구형”(https://www.lawtimes.co.kr/news/190612; 최종접속일: 2023년 11월 10일); 『법률신문』 2021년 7월 2일 보도 “‘민주화운동 계엄법 위반’ 고(故) 박세경 변호사, 재심서 ‘무죄’”(https://www.lawtimes.co.kr/news/171185; 최종접속일: 2023년 11월 10일). 그 밖에 비상계엄 무효 판결들이 연달아 나오기도 했다. 예컨대 대법원 1997.4.17. 선고 96도3376 전원합의체 판결(5.17. 비상계엄확대조치 등), 대법원 1985. 5. 28. 선고 81도1045 전원합의체 판결(삼청교육대 관련 계엄포고 13호), 대법원 2018.11.29. 선고 2016도14781 판결(부마사태 관련), 대법원 2019.1.31. 선고 2018도6185 판결(유신관련 계엄령).

392) 한인섭(2000), 앞의 논문, 135면 이하 참조.

393) 예컨대 계엄령이 선포되었으나 법원의 기능이 정지되지 않았음에도 불구하고 계엄령을 적용한 사건과 관련하여 *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 2 (1866). 이 미국 연방법원의 판결에 관한 상세한 것은 *Dyzenhaus, David*, “The ‘Organic Law’ of *Ex Parte Milligan*”, in: *Sarat, Austin(Edited), Sovereignty, Emergency, Legality*, Cambridge University Press, 2010, pp. 16.

394) 최호동, 앞의 논문, 325면, 434면, 472면.

395) 최호동, 앞의 논문, 487면.

396) 이에 관한 상세한 비판은 한인섭(2009), 26면 이하.

선포 이후라면 해당 범주는 군사법원에서 재판을 받게 되는 문제가 발생한다. 실제로 대법원은 “계엄법 제11조, 제12조의 규정에 의하면 비상계엄의 선포와 동시에 계엄사령은 계엄지역내의 모든 행정사무와 사법사무를 관장하며 같은 지역내의 행정 기관과 사법기관은 지체없이 계엄사령관의 지휘감독을 받아야 된다고 되어 있어서 같은 법 제16조에 비상계엄지역 내에 있어서는 같은 법 제15조에 규정한 죄를 범한 자와 같은 법 제16조에 열거하는 죄를 범한 자는 군법회의에서 이를 재판한다라고 함은 같은 법 제15조의 경우를 제외하고는 범죄시일이 계엄선포 전후임을 막론하고 일반인에게 대하여서도 적용된다”고 판시하고 있으며³⁹⁷⁾ “헌법 제24조 제 2 항의 규정에 의하면 비상계엄이 선포된 지역내에서는 군인 또는 군속이 아닌 국민에 대하여도 군법회의가 재판을 할 수 있음을 규정하였고, 계엄법 제16조에 의하면 「비상계엄지역내에 있어서는 전조 또는 좌기의 죄를 범한 자는 군법회의에서 이를 재판한다. 단, 계엄사령관은 당해 관할 법원으로 하여금 이를 재판케 할 수 있다」고 규정하고 있는 바, 위 계엄법 제16조는 거기서 열거된 범죄를 범한 자를 비상계엄 지역 내에서 재판하는 경우에는 그 범행자가 군인, 군속이던 아니던 간에 그리고 또 그 범행일시가 비상계엄 선포의 전이건 후이건 간에 모두 군법회의가 그 재판권을 행사함을 원칙으로 한다는 것을 규정한 것이라고 함이 당원의 판례로 하는 견해이며 (대법원 1964.7.21. 자 64초3, 64초4 각재정, 참조), 지금 그 견해를 변경하여야 할 이유가 있다고 할 수 없다. 논지는 위와 같은 당원의 판례로 하는 견해는 헌법 제11조 소정의 소급입법금지의 원칙에 저촉되는 것이라고 하나, 군인, 군속 아닌 자가 비상계엄 선포 전에 범한 범죄에 관하여 그 범행시의 재판절차 아닌 군법회의 절차에 의하여 재판을 받게 된다 하더라도, 이 경우에는 헌법 제11조에 규정된 형벌불소급의 원칙의 취지를 유추할 것이 못되며, 기타 소급입법 금지의 원칙에 위배된다고도 할 수 없다. 논지는 역시 이유없다”³⁹⁸⁾고 판시한 바 있다.

그런데 「헌법」 제27조 제2항은 “비상계엄이 선포된 경우”라고 규정하여 판례가 해석하는 바와 같이 “비상계엄이 선포된 지역에서”라고는 해석되지 않으며, 계엄에서 기본권에 제한이 발생하는 시점은 「헌법」 제77조 제3항에 따라 “비상계엄이 선포된

397) 대법원 1964.7.21. 선고 64초3 판결.

398) 대법원 1979.12.7.자 79초70 재정.

때"이다. 따라서 「계엄법」 제10조를 비상계엄이 선포된 지역에서 재판하는 경우라면 헌법에 규정된 비상계엄의 효력발생시기를 무시하고 범죄발생 시점 이전의 범죄에 대해서까지 군사법원이 재판권을 갖도록 한 것이라고 해석하는 한 그리고 비상계엄에도 불구하고 여전히 사법기능이 전면적으로 정지된 상태가 아니라면 관련자에게 합리적인 이유없이 불이익을 소급하여 부과한 것이라는 점에서 소급입법금지의 원칙에 반한다고 해석하는 것이 타당하다.³⁹⁹⁾ 그리고 소급입법금지의 원칙의 저촉여부와 관련하여 판례는 아무런 이유를 설시하지 않고 이를 부인하고 있으나 「군형법」이나 특히 「계엄법」 제10조에 정한 대상범죄를 볼 때 이 대부분의 대상범죄는 사회안전을 위협하고 행정 및 사법기능의 회복을 방해하는 죄라는 점을 고려할 때 비상계엄 이전에 범한 죄는 비상계엄의 효과적인 수행과는 전혀 관련이 없다는 점에서도 이러한 소급입법에는 합리적인 이유를 찾아볼 수도 없다.

넷째 「계엄법」 제10조 제1항은 비상계엄 하에서 군사법원이 재판권을 가지는 대상 범죄를 열거함으로써 한편으로는 군사재판을 특정범죄로 제한하는 의미를 가지지만 다른 한편으로 대상범죄를 제외하고는 일반 법원이 재판권을 가진다는 것을 의미한다. 그렇다면 사법권이 여전히 정지되지 않고 작동하고 있음을 전제하는 것인데 과연 그렇다면 해당 비상계엄의 선포는 “사법 기능의 수행이 현저히 곤란한 경우에” 선포된 것인가라는 의문이 제기되며 여기에서 「계엄법」 제2조의 계엄선포의 요건과 제10조의 군사재판에 관한 규정 간에 충돌이 발생한다. 즉 일반사법기능이 정지되지 않는 한 군사재판이 일반 사법기능을 대체할 수 없으며 그런 만큼 사법절차에서의 기본권도 정지되지 않는다는 원칙은 관철되어야 한다.⁴⁰⁰⁾

더욱이 후술하는 바와 같이(제3절) 「군사법원법」 제534조의 해석에 따라 비상계엄 하에서의 민간인에 대한 군사재판도 단심제로 진행될 위험이 있기 때문에 이러한 국가비상사태에서의 민간인에 대한 군사재판에서 공정한 재판을 받을 권리의 의미는 더욱 크다고 말할 수 있다.

399) 같은 취지로는 한인섭(2009), 앞의 논문, 29면 이하.

400) 예컨대 계엄령이 선포되었으나 법원의 기능이 정지되지 않았음에도 불구하고 민간인에 대하여 군사재판을 한 사건과 관련하여 *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 2 (1866). 이 미국 연방법원의 판결에 관한 상세한 것은 *Dyzenhaus, David*, “The “Organic Law” of Ex Parte Milligan”, in: *Sarat, Austin(Edited), Sovereignty, Emergency, Legality*, Cambridge University Press, 2010, pp. 16.

제3절 | 비상계엄 하에서의 단심제 군사재판의 문제점

2021년 군사사법개혁에서 누락된 가장 중요한 쟁점들 중의 하나는 무엇보다도 비상계엄(전시·사변, 이에 준하는 국가비상사태)⁴⁰¹⁾ 하에서의 군사재판에서 상급법원에 상소할 권리의 제한, 즉 단심제 군사재판일 것이다.

비상계엄 하에서의 군사재판과 관련하여 「헌법」 제110조 제4항 본문은 “비상계엄 하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다”고 규정하면서도 단서로 “다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 이에 따라 「군사법원법」 제534조는 (「계엄법」 제10조에 따른 군사재판의 대상이 되는 민간인은 제외하고) 비상계엄 하에서 군인 등이 범한 특정 균형법범에 대하여 「군사법원법」의 제2편 제3장 상소에 관한 규정들, 특히 제406조에 정한 사형, 무기징역 또는 무기금고를 선고한 판결에 대한 상소의 포기 및 취하의 금지규정을 정지시키면서 다만 사형을 선고하는 경우에는 예외를 두고 있다. 따라서 이 문제는 애초부터 “형식적으로” 위헌시비로부터 자유롭다고 말할 수 있다.

그러나 「헌법」 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정함으로써 비상계엄 하에서의 국민의 기본권제한의 한계를 규정하고 있는데 과연 앞서 언급한 「헌법」 제110조 제4항 단서의 단심제가 이미 같은 「헌법」 제37조 제2항의 기본권제한의 한계를 일탈한 것은 아닌가라는 의문이 제기된다. 물론 기본권 간에 선후관계가 존재하는가에 대해서는 논란이 있으나⁴⁰²⁾ 적어도 본질적 내용과 그렇지 않은 부분이 존재

401) 「헌법」 제77조: 「계엄법」 제2조 제2항. 참고로 비상사태가 발생한 때에 군 병력을 투입할 수 있는 근거는 「계엄법」 외에도 대통령령인 「위수령」(대통령령 제296호, 1950.3.27. 제정, 1950.3.27. 시행)이 있었으나 2018년 9월 18일에 폐지되었다.

402) 이에 관한 것은 김영환, 『법철학의 근본문제』, 제3판, 홍문사, 2012, 138면 이하. 그리고 헌법재판소 2001.2.22. 2000헌바38 전원재판부(국가배상법 제2조 제1항 단서 등 위헌소원) 재판관 하경철의 반대이견: “군인등 신분이라는 이유만으로 국가배상청구권을 박탈한 이 사건 헌법조항은 여전히 그보다 상위규정이며 민주주의 헌법의 기본이념이고 근본규정이라고 할 수 있는 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위배되고 인간의 존엄과 가치를 보장한 헌법 제10조에

한다는 점에서는 「헌법」 제110조 제4항에 정한 비상계엄 하에서의 단심 군사재판이 공정한 재판을 받을 권리의 본질적인 부분에 해당하는가를 문제삼을 수 있다는 점에서 기본권들 간에도 선후관계는 존재한다고 보는 것이 타당할 것이다.

1. 연혁

우선 비상계엄 하에서의 군사재판에서 상급법원에 상소할 권리를 제한한 헌법규정의 연혁을 살펴보면 다음과 같다.

1948년 7월 5일 「(구)국방경비법」⁴⁰³⁾이 제정되면서 특별법원으로서 군법회의의 설치가 규정되게 되는데⁴⁰⁴⁾ 동법 제87조는 “심판회수에 관한 제한”⁴⁰⁵⁾에 관하여 정하면서 군법회의의 심급제도를 사실상 허용하지 않았으며 대신 재심(제100조)만을 규정하고 있었을 뿐만 아니라 대법원이 군법회의에서도 최고법원인지에 관해서도 정한

도 위배되는 내용을 담고 있는 것이다”.

403) 군정법을 제0호, 1948.7.5. 제정, 1948.8.4. 시행. 「국방경비법」의 본문은 “헌정사 자료 DB”에 게재되어 있는 것을 참조하였다(https://db.history.go.kr/item/cons/levelByForm.do?form=%25EB%25AF%25B8%25EA%25B5%25B0%25EC%25A0%2595%25EA%25B8%25B0%2520%25EB%25B2%2595%25EA%25B7%259C&levelId=cons_001_0050_0020_0020_0040; 최종접속일: 2023년 10월 16일).

404) 또한 「(구)국군조직법」(법률 제9호, 1948.11.30. 제정, 1948.11.30. 시행) 동법 제20조 제2문. 우리나라 군사법원제도의 연혁에 관한 상세한 것은 한인섭, “군사법제도와 헌법개정”, 『사법』, 제1권 제7호(2009), 사법발전재단, 8면 이하; 고석, 『한국 군사재판 제도의 성립과 개편 과정에 관한 연구 : 국방경비법에서 군법회의법 제정 시까지』, 서울대학교 석사학위논문, 2006, 18면 이하.

405) 「國防警備法」第87條(審判回數에 關한 制限) “如何한 者라도 其 者의 同意없이 同一한 犯罪에 關하여 再次 審判하지 못함.
然이나 被告人에 對하여 如何한 罪科와 犯罪事實에 依하여서든지 軍法會議가 有罪判定을 한 訴訟手續은 審査長官 及 必要時에는 確認長官이 該 事件에 對하여 終局的 措置를 取할 때까지는 本法의 所謂 審判으로 取扱하지 못함.
如何한 長官을 不問하고 左記 各 號에 該當하는 事項의 再審理를 爲하여 如何한 軍法會議에도 訴訟記錄을 返送하지 못함.

1. 無罪釋放의 判決言渡.
2. 犯罰事實에 對한 無罪判定.
3. 罪科에 對한 無罪判定. 但 該 裁判記錄으로 보아서 無罪判定된 罪科下에 犯罪事實이 本法 어떠한 條項에 明白히 違反하며, 該 犯罪事實에 對하여 有罪判定을 察知할 수 있는 境遇에는 除外함.
4. 原判決이 科한 刑罰을 加重할 目的이 有한 時에 該 判決. 但 該 判決이 有罪判定을 受한 有罪 또는 無罪에 對하여 規定된 法定 判決에 對比하여 輕한 刑罰에 處한 時에는 除外함. 軍法會議는 如何한 修正審理訴訟에 있어서도 前項과 如히 再審理를 爲한 訴訟記錄의 返送이 禁止되어 있는 事件의 該 判定 또는 判決을 再審理하지 못함”.

바가 없었다. 이것은 당시 함께 제정된 「(구)해안경비법」⁴⁰⁶⁾에서도 크게 다르지 않았다.⁴⁰⁷⁾ 이처럼 불복수단을 제한하고 재심만을 허용하는 것은 1949년 11월 24일 제정된 「계엄법」⁴⁰⁸⁾에서도 동일했다(「(구)계엄법」 제19조)⁴⁰⁹⁾.

1950년 6월 25일 전쟁이 발발하자 1950년 6월 25일 내려진 대통령 긴급명령 「(구)비상사태하의범죄처벌에관한특별조치령」⁴¹⁰⁾ 제9조⁴¹¹⁾⁴¹²⁾에 비상사태 하에서의 절대적 단심제를 규정하였고 1951년 1월 30일 개정⁴¹³⁾을 통하여 사형·무기 또는 10년 이상의 형의 선고를 받은 때에는 지방법원 및 지방법원지원합의부에 재심판을 청구할 수 있도록 하였다(제9조 제2항 및 제3항).

그런데 1952년 9월 9일 당시 헌법위원회는 「(구)비상사태하의범죄처벌에관한특별조치령」 제9조에 대하여 “설령 법률로서 모종의 특별심판기관을 설치할지라도 이는 즉 하급법원이어야 할 것이요, 최종심은 역시 최고법원인 대법원에 통합귀일케 함이 헌법 제22조 및 동 제76조 제2항의 대정신임은 하등 치의(置疑)할 바 없다. 그런데 긴급명령으로서 법률의 효력을 가진 비상사태하의 범죄처벌에관한특별조치령 제9조에 의하면 …… 원칙적으로는 지방법원 또는 동 지원의 단독판사가 행하게 되어 있고, 사형·무기 또는 10년 이상의 형의 언도를 받은 피고인에 한하여 …… 지방법원 및 지방법원지원 합의부에 재심판을 청구할 수 있게 되어 있으니 …… 이는 …… 국민의 최고법원인 대법원의 심판을 받을 헌법상 기본권이 박탈된 바로서 「헌법」 제22조 및 제76조의 정신에 위반됨이 명백하다”라는 이유로 위헌결정을 내리게 된다.⁴¹⁴⁾⁴¹⁵⁾.

406) 군정법률 제0호, 1948.7.5. 제정, 1948.7.25. 시행. 동법 제17조 이하.

407) 상소권의 제한과 관련해서는 「(구)국방경비법」 제99조 「(구)해안경비법」 제68조.

408) 법률 제69호, 1949.11.24. 제정, 1949.11.24. 시행.

409) 「(구)계엄법」 제19조 “제16조와 제18조에 의하여 군법회의에서 재판을 받은 자가 불복이 있을 때에는 재심을 요구할 수 있다”.

410) 대통령 긴급명령 제1호, 1950.6.25. 제정, 1950.6.25. 시행.

411) 제9조 “본령에 규정한 죄의 심판은 단심으로 하고 지방법원 또는 동지원의 단독판사가 행한다”.

412) 「(구)비상사태하의범죄처벌에관한특별조치령」 제9조에 정한 단심제 규정의 폐지와 관련한 당시 국회에서의 논의에 관한 상세한 것은 한인섭, “한국전쟁과 형사법 — 부역자 처벌 및 민간인 학살과 관련된 법적 문제를 중심으로—”, 『법학』, 제41권 제2호(2000.9.), 서울대학교 법학연구소, 149면 이하(이하 “한인섭(2000)”이라 한다).

413) 법률 제175호, 1951.1.30. 일부개정, 1951.2.20. 시행.

414) 헌법위원회 1952.9.9. 결정 단기 4285년 현위 제2호. 해당 본문은 김철수, 「판례교재 헌법(증보판)」, 1977, 429면(한인섭(2009), 앞의 논문, 23면에서 재인용). 그 밖에 『동아일보』 1958년 9월 11일 보도 1면 “人權호에 서광! 單審二審 모두違憲 문제의 農改法 18條 非措置 9條에 憲

심지어는 “헌법상 모든 국민은 법률에 정하는 절차에 의하여 민사·형사를 막론하고 원칙적으로 삼심제도의 재판절차에 의한 재판을 청구할 수 있는 것이며 특별한 경우에는 심급을 단축할 수 있을 것이나 여하한 경우라도 국민의 최고최종법원인 대법원의 재판을 받을 권리만은 박탈하지 못할 것이며 또 법률로써 하급법원인 특별재판소를 조직할지라도 최종심은 최고법원인 대법원에 통합귀일하여야 한다”⁴¹⁶고 실시하기도 했다.

그러나 이러한 헌법위원회의 위헌결정에도 불구하고 1962년 1월 20일 제정된 「(구)군법회의법」⁴¹⁷ 제525조⁴¹⁸에 「(구)국방경비법」과 마찬가지로 비상계엄 하에서의 군사재판의 단심제를 규정하고 불복수단으로서 재심과 비상상고만을 인정하였다.

그리고 1962년 12월 26일 국가재건최고회의가 「국가재건비상조치법」⁴¹⁹ 제9조⁴²⁰에 따라 국회를 대신하여 「헌법」을 개정⁴²¹하면서 헌법재판소⁴²²를 폐지하고 대법원에 위헌법률심사권을 부여하는 한편(「(구)헌법」 제102조) 「(구)군법회의법」 제525조에 규정되었던 비상계엄 하에서의 군사재판에서 상급법원에 상소할 권리의 제한을 「(구)헌법」 제106조 제3항⁴²³으로 편입시킴으로써 상소권제한에 대한 위헌논란을 종

委서 判決”(https://www.donga.com/archive/newslibrary/view?ymd=19220914; 최종접속일: 2023년 10월 16일)(회원제).

415) 그러나 현재 헌법재판소가 “上訴審에서 裁判을 받을 權利를 憲法上 명문화한 규정이 없고 上訴問題가 일반법률一般法律에 맡겨진 것이 우리 法制라면 憲法 제27조에서 규정한 裁判을 받을 權利에 모든 사건에 대해 上訴法院의 構成法官에 의한, 上訴審 節次에 의한 裁判을 받을 權利까지도 당연히 포함된다고 단정할 수 없을 것이고, 모든 사건에 대해 획일적으로 上訴할 수 있게 하느냐 없느냐는 특단의 사정이 없는 한 立法政策의 問題이다”라고 실시하여 대법원의 상고심 재판을 받을 권리는 헌법상 기본권은 아니라는 견해를 견지하고 있는 것은 헌법위원회의 견해보다 후퇴한 것이라고 말할 수 있다(헌법재판소 1993.11.25. 91헌바8 전원재판부). 이에 관한 것은 양건, 『헌법강의』, 제11판, 법문사, 2022, 916면 이하.

416) 헌법위원회 1952.9.9. 결정 단기 4285년 헌위 제2호; 『동아일보』 1958년 9월 11일 보도 1면 “人權옹호에 서광! 單審二審 모두 違憲 문제의 農改法 18條 非措令 9條에 憲委서 判決”(https://www.donga.com/archive/newslibrary/view?ymd=19220914; 최종접속일: 2023년 10월 16일)(회원제).

417) 법률 제1004호, 1962.1.20. 제정, 1962.6.1. 시행.

418) 「(구)군법회의법」 제525조 (특례규정) “비상계엄이 선포된 지역에 있어서는 제2편제3장의 규정을 적용하지 아니한다”.

419) 국가재건최고회의령 제42호, 1961.6.6. 제정, 1961.6.6. 시행.

420) 제9조 (국회의 권한행사) “헌법에 규정된 국회의 권한은 국가재건최고회의가 이를 행한다”.

421) 헌법 제6호, 1962.12.26. 전부개정, 1963.12.17. 시행.

422) 1960년 6월 15일 제3차 헌법개정에 의하여 명칭이 변경되었다. 헌법 제4호, 1960.6.15. 일부 개정, 1960.6.15. 시행.

식시키게 된다. 당시에는 현행 「헌법」 제110조 단서와 같은 사형선고 시의 단심제의 제한을 두지 않았으며, 1987년 10월 29일 헌법개정⁴²⁴⁾에 의하여 비로소 현행과 같은 단서조항이 신설되게 되고⁴²⁵⁾ 1987년 12월 4일 「(구)군법회의법」이 「(구)군사법원법」으로 전면개정⁴²⁶⁾되면서 동법 제534조에 단서조항이 추가된다.

그런데 「(구)군법회의법」 제525조의 「헌법」으로의 편입이, 예컨대 위헌법률심사권을 부여받은 대법원이 1971년 6월 22일 국가에 대한 손해배상청구권을 제한한 「(구)국가배상법」 제2조 제1항 단서에 대하여 위헌결정을 내리자 1972년 12월 27일 헌법개정으로 위헌결정되었던 법률규정을 「헌법」에 편입시킴으로써 형식적으로는 위헌논란을 차단시킨 사실⁴²⁷⁾⁴²⁸⁾을 떠올리게 하는 것은 결코 우연만은 아닐 것이다.

이러한 연혁을 고려할 때 과연 비상계엄 하에서의 군사재판에서 상급법원에 상소할 권리를 제한하는 것이 형식적으로 헌법에 근거규정이 있다고 하여 정당화될 수 있는가에 대해서는 많은 의문이 제기된다.⁴²⁹⁾

423) “비상계엄하의 군사재판은 군인·군속의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와, 초병·초소·유해음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률에 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다”.

424) 헌법 제10호, 1987.10.29. 전부개정, 1988.2.25. 시행.

425) 헌법개정과정에 관한 것은 최호동, 앞의 논문, 326면.

426) 법률 제3993호, 1987.12.4. 전부개정, 1988.2.25. 시행.

427) 이에 관한 상세한 것은 전광석, “국가배상법 제2조 제1항 단서 및 법원조직법 제59조 제1항에 대한 위헌판결”, 『헌법재판연구』, 창간호(2014.11.), 139면 이하.

428) 헌법재판소 2018.5.31. 2013헌바22, 2015헌바147(병합) 전원재판부: “국가배상법 제2조 제1항 단서 중 군인에 관한 부분은 헌법 제29조 제1항에 의하여 보장되는 국가배상청구권을 제한하는 헌법 제29조 제2항 중 군인에 관한 부분에 직접 근거하고, 실질적으로 그 내용을 같이 하는 것이므로 헌법에 위반되지 아니한다”. 다만 “입법론으로는, 헌법 제29조 제1항이 규정한 국가배상청구권은 피해를 입은 국민이면 누구나 다 향유할 수 있는 기본권으로서 그 국민의 신분에 따라 차별되지 아니하는 것이 원칙인 점, 이 사건 헌법조항이 군인 등을 일반국민, 좀 더 좁게는 일반공무원과도 차별 대우하는 입법목적은 대체로 국가의 재정사정이 그 주요 이유였다고 보여지는데, 이 사건 헌법조항이 신설되었던 1972년으로부터 46여년이 지난 지금에 와서는 당시와 비교할 수 없을 정도로 국가재정이 나아졌으므로 주요 입법목적이 이제는 소멸되었다고 볼 수 있다는 점, 공익상 목적에서 군인 등의 국가배상청구권에 제한을 가할 필요가 있다면 기본권의 일반유보조항인 헌법 제37조 제2항에 의하여 권리의 본질적 내용을 침해하지 아니하는 한도에서 법률로써 제한할 수도 있다는 점 등을 고려하면, 다음에 있을 헌법개정 시에는 이 사건 헌법조항의 존치여부에 대한 고려가 필요하다는 점을 지적해 두기로 한다”라는 견해를 부연하고 있기는 하다.

429) 우리나라 군사법원제도의 연혁에 관한 것은 예컨대 한인섭(2009), 앞의 논문, 8면 이하 참조.

2. 문제점 및 개선방안

첫째 「군사법원법」 제534조의 근거가 되는 「헌법」 제110조 제3항 본문은 비상계엄 하의 군사재판은 특정 균형법범의 경우에 단심으로 “할 수 있다”고 규정할 뿐 강행규범이 아니라는 점, 「헌법」 제110조 제3항의 구체적인 집행은 법률유보의 원칙에 따라 입법자의 결정에 달려 있다는 점에서 설령 입법자가 비상계엄 하에서도 군사법원법상 상소에 관한 규정의 적용을 배제하지 않는다는 입법을 한다고 하더라도 이것이 헌법에 위배되는 것은 아니라는 점 그리고 이하에서 서술하는 문제점들을 고려할 때 「군사법원법」 제534조에 정한 상소권제한규정을 삭제하는 것이 적절하다.

둘째 비상계엄 하에서 군사재판에서 상급법원에 상소할 권리를 제한하는 합리적인 이유를 어디에서 찾아야 하는지가 명확하지 않다. 만약 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에서 균형법상 죄를 저지르는 것은 평시에 비하여 군기강의 약화로 인한 전투력 약화나 상실 그리고 경우에 따라서는 국가존속에 미치는 영향이 비교할 수 없을 정도로 크다는 점에서 죄와 책임의 경중의 중합에서 그 이유를 찾는다면, 책임의 경중을 표상하는 형의 가중을 통해서도 충분히 형벌의 위하력을 제고하여 「균형법」(그리고 「계엄법」)의 목적을 달성할 수 있기 때문에 상급법원에 상소할 권리 자체를 제한하는 것은 헌법상 과잉금지의 원칙을 일탈한 것이다. 또한 국가비상사태 하에서의 신속한 형사절차의 종료의 필요성이 그 이유라면 공정한 재판을 통한 실체적 진실 규명을 저해하면서까지 형식적인 형사절차의 신속성을 우선하는 것은 재판의 존재의 의 및 실질적 목적을 무의미하게 만들 위험이 있으며 그러한 의미에서 재판의 공정성을 전제했을 때에만 신속한 형사절차의 요청이 정당화될 수 있다.

물론 공직선거법상 대통령선거와 국회의원선거에서의 당선무효(「공직선거법」 제23조) 그리고 법관징계법상 대법원 법관징계위원회의 징계처분에 대한 취소는 대법원에 청구하도록 함으로써(「법관징계법」 제27조) 단심제로 재판이 이루어지도록 정하고 있다. 그러나 대통령·국회의원·법관 등은 다른 전문직 종사자들과는 달리 각각 독립적으로 행정권·입법권·사법권을 행사하는 지위에 있는 자로서 그 지위를 조속히 안정시킬 필요가 있다는 점⁴³⁰⁾에서 비상계엄 하에서의 군사재판과는 그 취지와 목적이

430) 헌법재판소 2012.2.23. 2009헌바34 전원재판부: “법관에 대한 징계처분 취소청구소송을 다른 전문직 종사자와 달리 대법원의 단심재판에 의하도록 하여 법관을 차별취급하고 있으나, 법관

다르다. 즉 군사재판의 궁극적인 목적은 「군형법」 혹은 「형법」에 저촉되는지의 여부와 관련한 실제적 진실을 규명하는 것이며 이것은 어느 형사사법과 다르지 않다. 따라서 형사재판에서 1심 판결의 오류가능성을 전혀 배제할 수 없는 이상 이를 시정할 수 있는 기회와 권리를 당사자에게 부여하는 것은 비상계엄 하에서의 군인 등의 신분의 조속한 안정보다 우선할 것이다. 또한 비상계엄 하에서의 군사재판을 조속히 종료시킨다고 하여 그것이 비상계엄 하에서의 사회안정에 얼마나 기여할 수 있을 것인지의 여부도 명확하지 않다. 또한 일반 재판에서 대법원에 의한 상고심을 받을 권리를 인정할 수 있는가에 대해서도 논란이 있기는 하지만 원칙적으로 법률심인 대법원에 의한 상고심을 받을 권리는 헌법상 기본권이 아니라고 하더라도⁴³¹⁾ 형사재판에서 사실심의 오류가능성을 시정할 수 있는 유일한 기회인 항소심조차 허용하지 않는 것은 공정한 재판을 받을 권리의 본질적인 부분을 침해하는 것이라고 볼 수 있다.⁴³²⁾

셋째 사실오인이나 법리오해 혹은 심리미진 등의 여부와 상관없이 전적으로 상급법원에 상소할 권리(“*right to appeal to a higher tribunal from a military court*”) 자체를 (사형을 선고하는 경우를 제외하고) 원천적으로 부인하는 것이 설령 비상계엄 하에서의 군사재판이라고 하더라도 공정한 (군사)재판을 받을 권리에 대한 중대한 침해가 아닌지(이것은 피고인뿐만 아니라 피해자 있는 범죄의 경우에는 피해자에 대해서도) 의문이 제기된다. 물론 이 경우라도 「군사법원법」에 정한 재심이나 비상상고를 통해서 구제될 수 있다고는 하지만 통상적인 항소심과 상고심의 제도는 그 취지 자체가 근본적으로 다를 뿐만 아니라 항소 및 상고의 이유와 재심이나 비상상고의 이유는 상이하다는 점에서 통상적인 상소제도를 특별소송절차로 대체할 수 없다. 이

에 대한 징계의 심의결정이 준사법절차(법관징계법 제14조, 제16조)를 거쳐서 이루어지는 점, 법원에 대한 징계의 경우 파면·해임·면직 등 신분관계 자체를 변경시키는 중한 징계처분이 존재하지 않는 점, 법원은 독립적으로 사법권을 행사하는 자로서 그 지위를 조속히 안정시킬 필요가 있는 점, 법원에 대한 징계처분 취소청구소송은 피징계자와 동일한 지위를 가진 법원에 의하여 이루어질 수밖에 없는 점 등을 고려하면, 이러한 차별취급에는 합리적인 근거가 있으므로, 구 법관징계법 제27조는 헌법상 평등권을 침해하지 아니한다”; 대법원 2007. 12. 21.자 2007무151 결정: “법관징계법 제27조가 법관의 징계처분의 취소를 청구하는 사건을 대법원이 단심으로 재판하도록 규정한 것은 그 불복절차를 간명하게 함과 동시에 법관의 지위를 조속히 안정시킴으로써 법관의 독립과 신분보장을 실질적으로 보장하려는 취지에서 나온 것으로서 합리적인 근거가 있다고 할 것이므로, 이를 가리켜 징계처분을 받는 법관의 재판청구권 또는 평등권을 침해하는 것이라고는 할 수 없다고 할 것이다”.

431) 헌법재판소 1993.11.25. 91헌바8 전원재판부.

432) 한인섭(2009), 앞의 논문, 25면 이하.

렇게 본다면 이것은 과거 「(구)국방경비법」이 상소제도를 정하지 않고 재심을 통해서만 군법회의의 결정에 불복할 수 있도록 한 것과 무엇이 다른지 그리고 이러한 비상계엄 하에서의 단심제가 군 형사사법정의의 실현, 즉 실제적 진실규명에 얼마나 기여할 수 있을지에 대해서는 근본적인 의문이 제기된다.⁴³³⁾

넷째 비상계엄이 선포된 경우라고 하더라도 군인 등에 대한 군사재판을 단심제로 정하여 유죄판결에 대한 사법심사를 받을 기회를 전적으로 부인하는 것(물론 사형을 선고하는 경우는 제외)이 과연 국제인권규범에 정한 공정한 재판받을 권리의 보장 및 적법절차의 원칙과 조화될 수 있는가에 대해서는 의문이 제기된다. 또한 주요 외국 입법례를 살펴보아도 비상계엄 하라고 하더라도 상급법원에 상소할 권리를 제한하고 있는 입법례를 찾아보기는 쉽지 않다.

즉 이미 제4차 제네바 협약인 1945년 8월 19일 「전시 민간인 보호에 관한 제네바 협약(*Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*)」 제66조는 점령지 시민에 대한 형사재판에서도 상급법원에 상소할 권리를 보장할 것을 규정하고 있었다.⁴³⁴⁾ 또한 유엔 인권위원회에 따르면 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(*International Covenant on Civil and Political Rights*)」은 일반 법원이든 특별법원이든 모든 법원에 적용되어야 하며⁴³⁵⁾ 특히 형사사법상의 절차적 권리와 사법심사의 보장은 국가비상사태 하에서도 제한되어서는 안 된다고 밝히면서⁴³⁶⁾ 특히 상급법원에 상소할 권리를 인정하지 않는 것은 설령 그것이 군사재판이라

433) 특히 이러한 문제제기와 관련해서는 한인섭, “군사법제도와 헌법개정”, 『사법』, 제1권 제7호 (2009), 사법발전재단, 22면 이하, 26면 이하(이하 “한인섭(2009)”이라 한다).

434) *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* Article 66 “In case of a breach of the penal provisions promulgated by it by virtue of the second paragraph of Article 64, the Occupying Power may hand over the accused to its properly constituted, non-political military courts, on condition that the said courts sit in the occupied country. Courts of appeal shall preferably sit in the occupied country”.

435) *General comment No. 13: Article 14 (Administration of justice) Paragraph 4*: “The provisions of article 14 apply to all courts and tribunals within the scope of that article whether ordinary or specialized.” ((Twenty-first session, 1984), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 14 (1994))(https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2FCCPR%2FGEC%2F4721&Lang=en; 최종접속일: 2023년 10월 27일).

436) *General Comment No. 29 States Of Emergency (Article 4) Paragraph 15*: “It is inherent in the protection of rights explicitly recognized as non-derogable in article 4, paragraph

고 하더라도 동 국제규약 제14조 제5항⁴³⁷⁾에 정한 상소할 권리를 포함한 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 설명하고 있다.⁴³⁸⁾ 그리고 유엔 인권고등판무관실이 2003년에 발간한 법관, 검사 그리고 법률가를 위한 매뉴얼에서도 이 점을 분명히 밝히고 있다.⁴³⁹⁾

그리고 군사법원은 한 국가의 통합적 사법체계의 일부분이어야 하며 그런 만큼 사법체계에서 인정되는 절차적 기본권은 군사법원에도 동일하게 인정되어야 한다는 것을 밝히고 있는 유엔 경제사회 이사회 인권위원회의 2005년 4월 20일 결의안 “사법 시스템의 통합(Integrity of the judicial system)”⁴⁴⁰⁾ Paragraph 8⁴⁴¹⁾ 및 유엔 인권위원회 결의안에 대한 2016년 3월 23일 유엔 총회 결의안,⁴⁴²⁾ 공정한 재판을 받을 권리에 관하여 정한 「세계인권협약(Universal Declaration of Human Rights)」 제10조⁴⁴³⁾ 그

2, that they must be secured by procedural guarantees, including, often, judicial guarantees.” (adopted at the 1950th meeting, on 24 July 2001); Paragraph 16: “As certain elements of the right to a fair trial are explicitly guaranteed under international humanitarian law during armed conflict, the Committee finds no justification for derogation from these guarantees during other emergency situations”(CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 24 July 2001)(<https://digitallibrary.un.org/record/451555>; 최종접속일: 2023년 10월 27일).

437) ICCPR Article 14 (5) “Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law”.

438) CCPR/C/72/D/839/1998: *VanLandingham, Rachel E./Jasutis, Grazvydas/Cernejute, Kristina, Military Justice*, DCAF - Geneva Centre for Security Sector Governance, 2023, p. 48(<https://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/MilitaryJusticeFundamentals.pdf>; 최종접속일: 2023년 10월 15일).

439) *Office Of The High Commissioner For Human Rights In Cooperation With The International Bar Association, Professional Training Series No. 9 Human Rights In The Administration Of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, United Nations, New York/Geneva, 2003, pp. 868(<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/training9chapter16en.pdf>; 최종접속일: 2023년 10월 15일).

440) RES/2005/30.

441) RES/2005/30 Paragraph 8. “Calls upon States that have military courts or special criminal tribunals for trying criminal offenders to ensure that such courts are an integral part of the general judicial system and that such courts apply due process procedures that are recognized according to international law as guarantees of a fair trial, including the right to appeal a conviction and a sentence”(https://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-30.doc; 최종접속일: 2023년 10월 15일).

442) *United Nations General Assembly, Resolution adopted by the Human Rights Council on 23 March 2016(A/HRC/RES/31/2)*, Paragraph 14(<https://digitallibrary.un.org/record/836557>; 최종접속일: 2023년 10월 15일).

443) *Universal Declaration of Human Rights* Article 10 “Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determi-

리고 적법절차에 관하여 정한 제11조⁴⁴⁴⁾를 원용하며 2006년에 제시한 “군사재판소를 통한 정의 구현에 관한 기본원칙안” Principle No. 15 (j)는 군사법원의 판결에 대해서는 상급법원에 상소할 권리를 보장하여야 한다는 것을 제시하고 있다.⁴⁴⁵⁾ 그리고 “일반 법원에서의 사법심사”에 관하여 정한 동 기본원칙안 Principle No. 17은 군사재판은 1심에 국한되어야 하며 그 귀결로서 항소심 이상의 심급은 민간법원에서 담당하고(Principle No. 17. Paragraph 1) 재판권에 다툼이 있을 때에는 일반법원의 최고법원에서 이를 재판하여야 한다고 밝히고 있다(Principle No. 17. Paragraph 2).

또한 실제로 비상계엄이 선포된 경우라고 하더라도 군사재판에서 상급법원에 상소할 권리를 제한하고 있는 입법례는 적어도 현대 민주주의국가에서는 찾아보기 쉽지 않다.⁴⁴⁶⁾ 예컨대 미국의 경우에도 계엄령이 발동되면 일정한 범위에서 헌법상 기본권이 제한되고 군사재판을 받게 되지만 미국 「군사재판법」에 상소를 제한하는 규정은 없다. 오히려 미국의 군사재판의 경우 (제한이 있기는 하지만)⁴⁴⁷⁾ 연방법원까지 상고하는 경우 실질적으로 4심제를 인정하고 있으면서도 심지어는 2016년 개정을 통하여 필요적 항소심제도를 강화하여 사형을 선고받은 경우, (해)장교의 파면, 사관생도의 퇴교, 불명예제대 또는 징계전역 또는 2년 이상의 구금형을 선고받은 경우에는 항소심

nation of his rights and obligations and of any criminal charge against him.”.

444) *Universal Declaration of Human Rights* Article 11 “1. Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.

2. No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed”.

445) *Draft(2006): Decaux Principles* Principle No. 15 (f): “Everyone convicted of a crime shall have the right to have his or her conviction and sentence reviewed by a higher tribunal according to law”.

446) 그러나 예컨대 미얀마의 경우 *International Commission of Jurists(ICJ)*, 17/03/2021 “Myanmar: Martial law is Another Dangerous Escalation of Repression”(https://www.icj.org/myanmar-martial-law-is-another-dangerous-escalation-of-repression/; 최종접속일: 2023년 10월 17일); *Than Lwin Times*, February 5, 2023, “Court-Martial conviction with no right to appeal is contrary to the law”(https://thanlwintimes.com/2023/02/05/court-martial-conviction-with-no-right-to-appeal-is-contrary-to-the-law/; 최종접속일: 2023년 10월 17일).

447) 군사재판에서 연방법원으로서의 상고의 제한에 대한 비판으로는 *Fidell, Eugene R./Fissell, Brenner M./Cave, Philip D.*, “Equal Supreme Court Access for Military Personnel: An Overdue Reform”, *The Yale Law Journal*, Volume 131, 31 May 2021, pp. 22.

법원이 필요적으로 심사하도록 개정되었다(§ 866 Art. 66 (b)(3) “*Automatic Review*”⁴⁴⁸⁾).⁴⁴⁹⁾ 또한 중국과 군사적으로 침여하게 대립하고 있는 대만의 경우에도 전시에 각 군사법원을 임시로 설치할 수 있도록 하거나(대만 「군사심판법」 제15조부터 제17조) 서면 또는 구두심리를 허용하거나(제202조) 국선변호인제도를 제한하거나(제203조) 전시 상소사건에 대해서는 군심판법의 규정을 제외하고는 형사소송법의 규정을 준용하도록 하거나 압수물의 처분의 특칙(제235조)을 정하고 있을 뿐 군사재판에서의 유죄판결에 대하여 상소할 권리를 전적으로 부인하는 규정은 찾아 볼 수 없다. 그리고 순수군사법원모형을 취하는 스위스의 경우에도 상소할 권리를 제한하는 규정은 찾아 볼 수 없다.

다섯째 상급법원에 상소할 권리는 비단 유죄판결을 받은 피고인에 대한 구제절차의 의미만을 가지는 것이 아니라 피해자있는 범죄, 예컨대 「군형법」 초병에 대한 폭행, 협박, 상해 및 치사상의 죄에서는 피고인의 무죄판결에 대하여 불복할 수 있는 피해자의 권리의 의미도 가진다는 점에서 비상계엄 하에서의 단심제는 피해자의 권리에 대한 중대한 침해를 초래할 우려가 있다.

여섯째 삼권분립과의 관계에서도 비상계엄 하에서의 군사재판에서 상급법원에 상소할 권리를 보장하여야 할 필연성이 도출된다. 즉 앞서 이미 서론에서 언급했듯이 군사법원은 사법권이 아니라 국방부라는 행정부 산하에 조직되어 있는 만큼 더욱더 비상계엄 하에서의 군사재판이라고 하더라도 이에 대한 사법부의 사법통제를 통하여 공정한 재판을 받을 권리와 적법절차에 따른 재판을 받을 권리가 보장될 필요가 있으며 비상계엄 하에서 항소심이 고등군사법원이라면 사법부인 대법원의 재판을 받을 권리가 보장되어야 한다. 물론 헌법재판소는 앞서 언급한 바와 같이 과거 헌법위원회와의 결정과 달리 대법원의 재판을 받을 권리를 헌법상 기본권으로 인정하지 않고 3심제도는 법률유보에 따라 입법부가 정할 문제라는 입장을 견지하고 있으나 당시

448) “Court of Criminal Appeals shall have jurisdiction over a court-martial in which the judgment entered into the record under section 860(c) of this title (article 60c) includes a sentence of death, dismissal of a commissioned officer, cadet, or midshipman, dishonorable discharge or bad-conduct discharge, or confinement for 2 years or more”.

449) Elesa, Jennifer K./Gaffney, Jonathan M., *Military Courts-Martial Under the Military Justice Act of 2016*, Congressional Research Service, August 28, 2020, pp. 26(<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46503>; 최종접속일: 2023년 10월 15일).

문제가 되었던 규정은 민사소송법 제473조 제3항이었을 뿐만 아니라 핵심은 대법원에 불복할 수 있는지의 여부와 관련한 것이었다는 점에서 군사재판과 같은 형사사건의 경우와는 전혀 다르다.

일곱째 「군사법원법」 제534조는 “비상계엄이 선포된 지역에서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게는 제2편제3장 상소에 관한 규정을 적용하지 아니한다”고 규정하여 제2편 제3장 제4절에 정한 항고마저도 적용되지 못하도록 정하고 있는데 문제는 군사법원의 위법한 결정에 대해서까지 항고조차 허용하지 않는 것은 적법절차의 원칙에 대한 심각한 침해가 된다는 것이다.

여덟째 특히 “전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 시 적과 교전 상태에 있거나 사회질서가 극도로 교란되어 행정 및 사법 기능의 수행이 현저히 곤란한 경우”(「계엄법」 제2조 제2항)일수록 비상계엄의 자의적인 선포와 함께 자의적인 군사재판이 진행될 가능성을 전적으로 배제할 수 없다면 적어도 1심 군사재판에 대하여 상급법원에 상소할 권리와 군사법원의 위법한 결정에 대한 항고를 보장하는 것은 피고인뿐만 아니라 피해자의 인권보장을 위한 마지막 담보장치일 것이다.

아홉째 비상계엄 하에서의 군사재판에서의 상급법원에 상소할 권리의 제한은 「군사법원법」 제534조의 범문언상 특정 균형법범을 범한 민간인에 대해서도 적용될 위험이 있다.

물론 「(구)군법회의법」 제정⁴⁵⁰⁾ 당시에는 비상계엄이 선포된 때에는 범죄의 구분없이 「(구)군법회의법」 적용대상이 되는 모든 범죄에 대하여 상급법원에 상소할 권리를 배제하고((구)제525조)⁴⁵¹⁾ 「계엄법」의 적용대상이 되는 민간인도 단심제 군사재판을 받아야 했던 것이 1963년 12월 16일 「(구)군법회의법」 개정⁴⁵²⁾으로 “균형법 제1조제1항 내지 제4항에 규정된 자”로 제한되고 1981년 4월 17일의 개정⁴⁵³⁾에 의하여 특정 균형법범에 대해서만 단심제 군사재판을 적용하게 되고 「군사법원법」으로 전면개정된 후 단심제 군사재판의 대상범죄가 제한되었으며(제534조) 이것은 「헌법」 제110조

450) 법률 제1004호, 1962.1.20. 제정, 1962.6.1. 시행.

451) 「(구)군법회의법」(1963.12.16. 법률 제1619호에 의하여 개정되기 이전의 것) 제525조 “비상계엄이 선포된 지역에 있어서는 제2편제3장의 규정을 적용하지 아니한다”.

452) 법률 제1619호, 1963.12.16. 일부개정, 1963.12.17. 시행.

453) 법률 제3444호, 1981.4.17. 일부개정, 1981.4.17. 시행.

제4항에 열거된 범죄목록⁴⁵⁴과 동일하기는 하다.

그런데 현행 「군사법원법」 제534조(앞서 언급한 1963년 12월 16일 개정된 「(구)군법회의법」 제525조의 경우에도 마찬가지이다)는 상소권이 제한되는 죄의 행위주체를 열거하면서 제1호에 “「군형법」 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람”을 열거하고 제2호부터 제5호에서는 특정 군형법범을 범한 사람을 열거하고 있다. 그런데 일견 제1호는 단순히 「군사법원법」의 신분적 적용대상을 정한 것이고 제2호부터 제5호까지의 신분적 적용범위를 한정하는 것처럼 보이지만 제534조 제1호 및 동호가 지시하는 「군형법」 제1조제1항부터 제4항의 범문언을 자세히 살펴보면 제534조 제1호는 “군형법에 규정된 죄를 범한 군인 등”⁴⁵⁵을 의미한다는 점 그리고 군인 등에게 당연히 적용되는 제2호부터 제5호에 정한 군형법범을 구태여 다시 열거할 필요가 없다는 점을 고려할 때 제534조 제2호부터 제5호의 적용대상은 민간인이라고 해석된다. 비상계엄 하에서의 민간인에 대한 군사재판에서 상급법원에 상소할 권리를 제한하는 경우 앞서 언급한 기본적 인권의 침해의 문제들이 더욱 심각하게 나타날 위험이 있음은 많은 설명을 필요로 하지 않을 것이다.

이상과 같이 비상계엄 하에서의 군사재판에서 상급법원에 상소할 권리를 제한하는 것은 실제적 진실규명을 그 목적으로 하는 형사사법절차에서 재판결과에 대한 오류가능성의 시정을 요구할 수 있는 군인 등·민간인 그리고 피해자의 권리의 본질적 내용을 침해할 뿐만 아니라 실제적 진실규명이라는 공적 목적의 달성에도 기여하는 바가 없다는 점 그리고 국제인권규범에도 정면으로 반한다는 점에서 설령 「헌법」에 근거규정이 있다고 하더라도 법률유보의 원칙에 따라 입법자가 「군사법원법」 제534조를 삭제하는 것이 타당하며 가장 바람직한 것은 그 근거규정이 되는 「헌법」 제110조 제4항도 개정을 통하여 삭제하는 것이다.

454) 「헌법」 제110조 제4항 “비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다”.

455) 「군형법」 제1조(적용대상자) ① 이 법은 이 법에 규정된 죄를 범한 대한민국 군인에게 적용한다. …… [생략]
③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대하여는 군인에 준하여 이 법을 적용한다. …… [생략]”

제4절 | 군사법원이 재판권을 가지는 대상범죄와 법원이 재판권을 가지는 대상범죄의 문제점

군사법원이 재판권을 가지는 대상범죄는 순수 군사범죄만을 정한 것은 아니며 군인 등이 범한 모든 범죄, 민간인이 범한 특정 범죄 그리고 「계엄법」 제10조에 정한 범죄 등 매우 광범위하다(제1절 표 11 참조).

그런데 2021년 「군사법원법」 개정으로 군인 등이 범한 범죄들 중 성폭력범죄, 군인 등의 사망의 원인이 범죄인 경우 그리고 군인 등 신분취득 전에 범한 죄를 일반 법원의 재판관할로 정하게 되는데(「군사법원법」 제2조 제2항) 이것은 종래 군의문사나 성폭력범죄에 대하여 제기되었던 수사와 재판의 불공정성에 대한 비난에 대한 자구책이었다. 즉 2021년 개정 「군사법원법」의 개정이유에 따르면 “군사법제도에 대한 국민적 신뢰를 회복하고 피해자의 인권보장과 사법정의의 실현이라는 헌법적 가치를 구현하기 위하여” 성폭력범죄, 군인등의 사망사건 관련 범죄 및 군인등이 그 신분취득 전에 저지른 범죄에 대해서는 군사법원의 재판권에서 제외하도록 한 것이다.⁴⁵⁶⁾

이러한 개정은 군사법원이 재판권을 가지는 범죄에 대하여 근본적인 검토를 할 기회를 제공했다는 점에서 긍정적으로 평가될 수 있다. 즉 군사법원의 재판권의 대상 범죄를 축소하거나 심지어는 평시에는 없애는 것은 곧바로 군사법원의 필요성에 반하는 것인 만큼 군사법원이 재판권을 가지는 범죄목록에 대한 논의는 진행되지 못했던 것이 사실이다. 그러나 2021년 「군사법원법」 개정은 이러한 가능성을 열어준 것이다. 그러나 그렇다고 하여 2021년 개정 「군사법원법」이 군사법원이 재판권을 가지는 범죄목록을 개정한 것에 전혀 문제가 없는 것은 아니다.

첫째 입법이유는 “피해자의 인권보장과 사법정의의 실현”을 위하여 성폭력범죄나 군인 등의 사망사건 관련 범죄를 군사법원이 재판권을 가지는 범죄목록에서 제외했다고 하지만 이들 범죄들을 제외하면서 「군사법원법」 여러 곳에서 모순이 발견된다. 즉 그렇다면 다른 군사법원이 재판권을 가지는 범죄들, 특히 피해자가 있는 범죄의 경우에는 “피해자의 인권보장과 사법정의의 실현”이 관건이 되지 않는다는 것인지

456) 2021년 08월 25일 「군사법원법 일부개정법률안(대안)」(의안번호: 2112215).

의문이다. 만약 2021년 「군사법원법」 개정을 통하여 군 형사사법에 근본적인 개혁을 단행했다고 한다면 더 이상 수사와 재판에 있어서 공정성과 객관성을 의심할 필요가 없었을 것이다. 그렇다면 군 형사사법에 대하여 근본적인 개혁을 단행했으면서도 역설적으로도 군사법원이 재판권을 가지는 목록에서 제외된 범죄들에 대해서만은 자신들이 개혁한 군 형사사법체계를 신뢰할 수 없다는 모순에 빠지고 있는 것은 아닌가하는 의문이 제기된다.

둘째 2021년 「군사법원법」 개정에 의하여 민간법원이 재판권을 가지는 범죄들을 전시에는 군사법원이 재판하도록 한 것(동법 제2조 제2항 단서)은 민간법원이 재판권을 가지도록 할 정도로 컸던 우려, 즉 이들 범죄들에 대한 수사 및 재판의 공정성에 대한 우려가 전시에는 일거에 해소되었다는 것을 의미하는 것인가에 대해서는 의문이 제기된다.

그런데 군인 등이 그 신분취득 전에 저지른 죄는 애초부터 범행 시와 재판 시의 절차법이 상이하여 자칫 「군사법원법」의 소급적용의 문제가 발생하기 때문에 당연히 법원으로 하여금 재판하도록 해야 했던 범죄이다. 그런데 평시에는 이 범죄를 일반 법원에서 재판하도록 하면서 다시 전시에는 군사법원의 재판을 받도록 할 경우 앞서 언급한 문제가 발생하게 된다. 물론 가벌성을 새롭게 창설한 것이 아니기 때문에 죄형법정주의의 원칙에 반하는 것은 아니라고 하더라도 이것이 합리적인 이유 없이 당사자에게 불이익을 부과한 소급입법에 해당하는 것이 아닌가라는 의문이 제기된다. 왜냐하면 군사법원의 폐지문제와 관련하여 언급했듯이 군사법원에 내재하는 구조적인 문제, 즉 재판의 독립성과 공정성을 담보하기 어렵고 절차에 있어서 일반 형사사법과 분리되어 있다는 점에서 대상자의 인권에 중대한 영향을 미칠 수 있으며 일반 형사절차를 따르는 것에 비하여 보다 큰 불이익을 받을 수 있기 때문이다. 더욱이 군인 등이 그 신분취득 전에 범한 죄가 군형법범이 아닌 이상 군기강 유지나 군지휘권 확립과 전혀 관련이 없어 군사재판의 필요성이 전혀 없다.

셋째 만약 군사법원의 존치의 필요성이 군기강 유지나 군지휘권 확립에 있다면 군사법원이 재판권을 가지는 범죄도 이 필요성을 충족시킬 수 있는 순수 군사범죄로 제한할 필요가 있다. 즉 앞서 이미 제1절 2. “군사법원의 필요성을 둘러싼 논쟁” 표 11 “「군형법」과 「형법」의 비교”에서 알 수 있듯이 「군형법」에는 「형법」으로 대응할

수 있는 범죄들이 다수 포함되어 있는데 이들 범죄들은 대체로 군기강 유지나 군지휘권 확립과의 관련성이 적은 것들이다. 그렇다면 형법전의 죄를 적용한다고 하여 책임과 형벌 간의 비례성을 일탈했다거나 혹은 군기를 오염시키는 범죄에 대한 법정형이 낮다거나 한 것은 아닐 것이다.⁴⁵⁷⁾

또한 유엔 경제사회 이사회 인권위원회가 2006년에 제시한 “군사재판소를 통한 정의 구현에 관한 기본원칙안” Principle No. 8은 군사재판은 군인에 의하여 범하여진 군인의 특수신분관계와 밀접하게 관련된 순수 군사에 관한 범죄에 대해서만 그리고 일반법원이 통상의 재판권을 행사할 수 없는 경우로 제한되어야 한다고 권고하고 있다.⁴⁵⁸⁾ 이것은 군사법원에 내재하는 구조적인 문제, 즉 재판의 독립성과 공정성을 담보하기 어렵고 절차에 있어서 일반 형사사법과 분리되어 있다는 점에서 대상자의 인권을 침해할 가능성이 크다는 점에 착안하여 군인의 인권보장을 위하여 가능하면 군사법원의 재판을 제한하려고 한 것이다.

넷째 여기에서는 군사법원이 재판권을 가진 범죄들 중에서 법원이 재판권을 가져야 하는 범죄들을 살펴보고자 한다.

① 첫 번째는 무엇보다 2021년 개정 「군사법원법」이 법원으로 하여금 재판권을 가지도록 한 입법취지를 보다 더 잘 반영하여 고소·고발 등 수사단서를 제공한 때에 해당 고소·고발인 등에게 압력을 가할 목적으로 협박·강요하거나 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의9에 열거된 범죄를 저지르거나 혹은 직권남용이나 직무유기 등을 통하여 불이익처분을 하는 것을 원천적으로 방지하고 고소·고발자 등을 출판물 등에 의한 명예훼손, 모욕, 권리행사방해죄 등의 고발로부터 보호할 필요가 있다.⁴⁵⁹⁾

② 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」을 위반한 군인 등에 대하여 군사법원이 재판권을 갖는 것은 독립적이고 공정한 재판이라는 관점에서 의문이 제기된다. 이것은 동법에 규정된 전쟁범죄와 인도에 반하는 죄인데 그 행위주체는 많은

457) 정지훈, 앞의 논문, 194면.

458) *Draft(2006): Decaux Principles* Principle No. 8 “The jurisdiction of military courts should be limited to offences of a strictly military nature committed by military personnel. Military courts may try persons treated as military personnel for infractions strictly related to their military status”.

459) 2022년 11월 08일 「군사법원법 일부개정법률안(송옥주의원 등 10인)」(의안번호: 2118173); 2022년 12월 09일 「군사법원법 일부개정법률안(이탄희의원 등 14인)」(의안번호: 2118836).

경우가 군인을 전제로 하고 있기 때문이다. 이미 동법 제4조는 “상급자의 명령에 따른 행위”에 관하여 정하고 제5조가 “지휘관과 그 밖의 상급자의 책임” 등을 규정함으로써 “군의 특수성”이 전쟁범죄나 인도에 반하는 죄 등에서는 고려되지 못하도록 하고 있다는 점을 고려할 때 군인 등에 의한 전쟁범죄나 인도에 반한 죄 등 중대한 인권침해범죄에 대해서는 그 행위주체가 군인 등이라고 하더라도 일반법원에 의한 중립적이고 공정한 재판이 이루어질 필요가 있으며 지휘계통에 종속적인 관할관의 감형권이 개재할 여지를 원천적으로 봉쇄할 필요가 있다.⁴⁶⁰⁾ 이와 같이 군인 등에 의한 중대한 인권침해범죄에 대해서는 특별법원이나 군사법원이 재판권을 가져서는 안 된다는 것은 여러 국제인권규범에서 확인된다. 예컨대 1992년 12월 18일의 유엔 총회 결의안인 「강제실종으로부터 모든 사람을 보호하기 위한 선언문(Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance)」⁴⁶¹⁾ 제16조 제2항은 중대한 인권침해범죄인 불법체포·구금 등에 의한 자유의 박탈은 어떠한 특별법원이나 군사법원에 의해서도 재판되어서는 안 되며 정식 일반법원에 의하여 재판되어야 한다고 밝히고 있다.⁴⁶²⁾ 또한 유엔 경제사회이사회 인권위원회는 전투에 참여하는 군인이 국제인권규범을 위반하는 중대한 인권침해범죄를 범한 때에는 면책되지 않으며 이때에도 특별법원이나 군사법원이 아닌 독립적이고 공정한 일반법원이 재판권을 가져야 한다고 선언함으로써⁴⁶³⁾ 군의 특수성은 국제인권규범을 위반하는 인권침해범죄의 경우

460) *Draft(2006): Decaux Principles* Principle 9 Paragraph 32-35.

461) *General Assembly resolution 47/133, Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance*(<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-protection-all-persons-enforced-disappearance>; 최종접속일: 2023년 10월 28일).

462) *Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance* Article 16 Paragraph 2 “They shall be tried only by the competent ordinary courts in each State, and not by any other special tribunal, in particular military courts”; *Draft(2006): Decaux Principles* Principle 9 Paragraph 33.

463) *United Nations Economic And Social Council Commission On Human Rights, Report of Diane Orentlicher, independent expert to update the Set of principles to combat impunity - Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 February 2005, Principle 29 Restrictions On The Jurisdiction Of Military Courts “The jurisdiction of military tribunals must be restricted solely to specifically military offences committed by military personnel, to the exclusion of human rights violations, which shall come under the jurisdiction of the ordinary domestic courts or, where appropriate, in the case of serious crimes under international law, of an international or internationalized criminal court”(https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement; 최종접속일: 2023년

면책특권으로 작용해서는 안 됨을 밝힌 것이다.

이와 관련하여 「군형법」 각칙 제13장에 정한 약탈의 죄에 대해서도 일반법원이 재판권을 가져야 할 것이다.

③ 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법」 제2조에 정한 헌정질서 파괴 범죄의 경우에도 독립적이고 공정한 재판을 위하여 법원이 재판권을 가지도록 하여야 한다.⁴⁶⁴⁾

④ 「군사법원법」 제2조 제2항 각호에는 「군형법」 “제15장 강간과 추행의 죄”가 제외되어 있는데 만약 형법 및 특별법상 성폭력범죄가 아닌 군형법상 강간죄 등으로 기소한 경우 일반법원의 재판권이 적용되는지 아니면 군사법원의 재판권이 적용되는지가 명확하지 않으며 「군형법」 “제15장 강간과 추행의 죄”도 법원이 재판권을 가지는 범죄목록에 포함시켜야 한다.

⑤ 그 밖에 세계주의가 적용되는 범죄인 인신매매나 중범죄인 아동학대범죄⁴⁶⁵⁾ 등도 법원이 재판권을 가지는 범죄목록에 포함시킬 필요가 있다.

10월 28일); ; Draft(2006): Decaux Principles Principle 9 Paragraph 34.

464) 2022년 12월 09일 「군사법원법 일부개정법률안(이탄희의원 등 14인)」(의안번호: 2118836).

465) 2023년 02월 24일 「군사법원법 일부개정법률안(서영교의원 등 10인)」(의안번호: 2120290)이 군인 등에 의한 아동학대범죄를 법원이 재판권을 가지는 범죄로 추가하려는 것은 적절한 것이라고 판단된다.

제5절 | 법원이 재판권을 가지는 범죄에서의 수사의 단서에 대한 조사(내사)권한과 수사개시권의 문제

「군사법원법」 제2조 제2항은 법원이 재판권을 가지는 범죄를 정하면서 군인 등이 범한 성폭력범죄(동항 제1호), 군인 등이 사망하거나 사망에 이른 경우 그 원인이 되는 범죄(제2호) 그리고 군인 등이 그 신분취득 전에 범한 죄(제3호)를 열거하고 있는데 수사개시의 “단서”에 대한 조사(내사 또는 입건 전 수사)와 수사개시 간의 관계가 문제된다.

일반적으로 수사의 단서로서 논의되는 것은 고소·고발, 자수, 변사자의 검시, 불심검문⁴⁶⁶⁾ 그리고 현행범인의 체포뿐만 아니라 기사·풍설, 다른 사건 수사 중의 범죄사실의 발견, 진정·탄원⁴⁶⁷⁾·투서 그리고 범죄신고 등이다.⁴⁶⁸⁾ 그런데 수사기관의 수사의 단서에 대한 조사단계, 즉 내사(입건 전 조사)단계⁴⁶⁹⁾를 거쳐 얻은 수사기관의 주관적 범죄혐의에 의하여 비로소 수사가 개시되는데⁴⁷⁰⁾⁴⁷¹⁾ 여기에서 법원이 재판권을 가지는 사건에서의 수사의 단서에 대한 조사(내사)권한의 범위가 문제될 뿐만 아니라 군사법경찰이 사건을 입건하지도⁴⁷²⁾ 그리고 (입건되지 않았기 때문에) 군검찰에 사건을 송치하지도 않은 경우의 구제수단도 명확하지 않다. 이 문제를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

(1) 첫째 법원이 재판권을 가지는 사건에 대한 수사개시권은 여전히 군사법경찰에게

466) 군사법경찰의 불심검문에 관해서는 2020년 12월 22일 법률 제17680호에 의하여 제정된 (2021.6.23. 시행) 「군사경찰의 직무수행에 관한 법률」 제7조(직무질문 및 동행요구)에 규정되어 있다.

467) 다만 「군사법경찰 수사규칙」 제15조(고소·고발의 수리) “① 군사법경찰관은 진정인·탄원인 등 민원인이 제출하는 서류가 고소·고발의 요건을 갖추었다고 판단하는 경우 이를 고소·고발로 수리한다”.

468) 이은모·김정환, 『형사소송법』, 제8판, 박영사, 2021, 152면 이하.

469) 「군검사와 군사법경찰관의 수사준칙에 관한 규정」 제11조 제3항.

470) 이은모·김정환, 형사소송법, 제8판, 박영사, 2021, 152면.

471) 「군사법원법」 제228조 제1항: “군검사와 군사법경찰관은 범죄 혐의가 있다고 생각될 때에는 범인, 범죄사실 및 증거를 수사하여야 한다”; 「군사법경찰 수사규칙」 제12조.

472) 「군사법경찰 수사규칙」 제13조(입건 전 조사).

도 있는 것인지 아니면 범죄혐의가 인정되는 때에는 수사를 개시함이 없이 즉시 사법경찰관에게 사건을 이첩하여야 하는지가 명확하지 않아 수사단서에 대한 조사(내사, 입건 전 조사)의 범위와 수사개시의 시점과 관련하여 문제가 발생한다.

우선 군사법경찰관의 수사시권과 관련하여 군사법경찰관은 법원이 재판권을 가지는 범죄에 대해서는 수사개시권을 가지지 않는다는 것은 명확하다. 즉 「군사법원법」 제2조 제2항은 법원이 재판권을 가지는 사건에 관하여 정하고 제228조 제3항에서 “군검사와 군사법경찰관은 제286조에도 불구하고 범죄를 수사하는 과정에서 재판권이 군사법원에 있지 아니한 범죄를 인지한 경우 그 사건을 대검찰청, 고위공직자범죄수사처 또는 경찰청에 이첩하여야 한다”고 규정하는 한편 「법원이 재판권을 가지는 군인 등의 범죄에 대한 수사절차 등에 관한 규정」 제7조 제1항에 따라 “군검사 또는 군사법경찰관은 법원이 재판권을 가지는 범죄에 대한 고소·고발·진정·신고 등을 접수하거나 해당 범죄가 발생했다고 의심할 만한 정황을 발견하는 등 범죄를 인지한 경우 법 제228조제3항에 따라 지체 없이 대검찰청, 고위공직자범죄수사처 또는 경찰청에 사건을 이첩[하여야 하는데]”, 「군사경찰범죄수사규칙」 제21조에서도 “군사법경찰관의 직무범위를 벗어난 범죄를 발견한 경우”에 대하여 동일한 것을 규정하고 있다. 이들 규정들은 군사법경찰관이 수사과정 중 해당 사건 혹은 별건이 법원이 재판권을 가지는 범죄임을 인지한 경우에 관하여 정한 것일 뿐 애초에 법원이 재판권을 가지는 범죄임을 인지하고서도 수사를 개시할 수 있으나 추후에 민간수사기관에 이첩하여야 한다고 해석되지는 않는다.

그런데 수사의 단서들에 대한 조사와 관련해서는 전혀 문제가 없는 것은 아니다. 즉 수사의 단서들 중 “고소·고발·진정·신고 등을 접수”한 때에는 이들 접수된 내용에 대한 범죄혐의의 유무의 조사(내사, 입건 전 조사)와 상관없이 곧바로 사법경찰이나 검찰 등에 사건을 이첩하도록 정하고 있어서 이와 관련해서는 해석의 여지는 없으나 그 밖에 “해당 범죄가 발생했다고 의심할 만한 정황을 발견하는 등 범죄를 인지한 경우”와 관련해서는 군사법경찰이나 군검찰의 조사활동이 어디까지 미치는가가 문제된다. 왜냐하면 범죄혐의의 유무만을 확인하는 수사단서의 조사, 즉 내사(입건 전 조사)만을 할 수 있다는 의미라면 「군검사와 군사법경찰관의 수사준칙에 관한 규정」 제11조 제1항,⁴⁷³⁾ 「군사경찰 범죄수사규칙」 제32조⁴⁷⁴⁾ 및 제38조⁴⁷⁵⁾ 그리고 「군 수사

절차상 인권보호 등에 관한 훈령」에 따라 심지어 피혐의자의 군 수사기관 출석조사조차 임의수사가 되는 등 조사방식이 제한되고 범죄혐의의 유무가 확인된 때에는 「군사경찰 범죄수사규칙」 제44조 제1항 제1호부터 제4호까지의 처분⁴⁷⁶⁾을 내려야 하기 때문이다. 요컨대 군수사기관은 법원이 재판권을 가지는 사건에 대해서 내사만을 할 수 있을 뿐 수사로 전환, 즉 수사를 개시⁴⁷⁷⁾할 수 없다.

그런데 최근인 2023년 7월 19일 발생한 해병대 채상병 사망사건⁴⁷⁸⁾과 관련한 해병대 수사단의 조사의 내용과 방식 그리고 사법경찰관예의 이첩과정은 지휘계통에 종속된 군수사기관의 조사가 내사인지 아니면 수사인지에 대한 근본적인 의문을 제기하게 만드는데⁴⁷⁹⁾ 이러한 의문은 조사과정에서 사건관계인에 대한 출석이나 신문 자체가

473) 「군검사와 군사법경찰관의 수사준칙에 관한 규정」 제11조(수사의 개시) “① 군검사 또는 군사법경찰관이 다음 각 호의 행위에 착수한 때에는 수사를 개시한 것으로 본다. 이 경우 군검사 또는 군사법경찰관은 해당 사건을 즉시 입건해야 한다.

1. 피혐의자의 군 수사기관 출석조사
2. 피의자신문조서 작성
3. 긴급체포
4. 체포·구속영장 청구 또는 신청
5. 사람의 신체, 주거, 관리하는 건조물, 자동차, 선박, 항공기 또는 점유하는 방실(房室)에 대한 압수·수색 또는 검증영장(부검을 위한 검증영장은 제외한다)의 청구 또는 신청”.

474) 「군사경찰 범죄수사규칙」 제32조(내사의 기본) “① 내사는 청탁에 의하지 않아야 하며 항상 법령·규칙을 준수하고 업무편의에 앞서 관계인의 인권보호에 유의하여야 한다.

- ② 내사를 빙자하여 막연히 관계인의 출석을 요구하거나 물건을 압수하는 일이 없도록 하여야 한다.
- ③ 내사는 신속·공정·성실하게 진행하여야 한다.
- ④ 내사혐의 및 내사관계인 등의 정보가 외부로 유출되거나 공표되는 일이 없도록 주의하여야 한다”.

475) 「군사경찰 범죄수사규칙」 제38조(내사의 방식) “내사는 임의적인 방법으로 함을 원칙으로 한다”.

476) 「군사경찰 범죄수사규칙」 제44조(내사의 종결 등) ① 수사절차로 전환하지 않은 내사는 다음 각호의 기준에 따라 처리한다.

1. 내사종결 : 혐의없음, 죄가안됨, 공소권없음 등에 해당하여 수사개시의 필요가 없는 경우
2. 내사중지 : 피혐의자 또는 참고인 등의 소재불명으로 사유해소시까지 내사를 계속할 수 없는 경우
3. 내사병합 : 동일 또는 유사한 내용의 내사사건이거나 경합범으로 다른 사건과 병합처리할 필요가 있는 경우
4. 내사이첩 : 관할이 없거나 범죄특성 및 병합처리 등을 고려하여 다른 군사경찰부대 및 민간 수사기관에서 내사할 필요가 있는 경우

477) 「군사경찰 범죄수사규칙」 제43조(수사절차로의 전환).

478) 『서울신문』 2023년 7월 31일 보도 “해병대 ‘채수근 상병 사망’ 계속되는 논란”(https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20230731500221; 최종접속일: 2023년 10월 21일).

479) 『시사저널』 2023년 8월 12일 보도 “경북경찰청 ‘채수근 상병 사망사건 이첩 받아 수사 예정””(https://www.sisajournal.com/news/articleView.html?idxno=270076; 최종접속일: 2023

있었는지 그리고 이때 지휘계통에 따른 명령으로 사건관계인들이 조사에 임했는지 등 조사방식이 공개되어 있지 않은 만큼 더욱 강해진다. 더욱이 해당 사건의 이첩과 관련하여 국방부는 “(경찰) 수사에 영향을 미칠 수 있는 특정인에 대한 혐의를 특정하지 말고 수사에 대한 사실관계 자료만 넘기는 것이 타당하겠다는 국방부 법무관리관실의 건의를 받아들인 것”이라고 밝히고 있는데⁴⁸⁰⁾ 만약 범죄혐의가 아니라 단순히 사실관계만을 확인하고 범죄혐의의 유무 그리고 해당 범죄혐의를 근거짓는데 필요한 범죄사실과 혐의자 등을 특정조차 하지 않았다면 군수사기관의 조사는 혐의의 유무를 확인하는 내사에도 해당되지 않게 되는데 그렇다면 여기에서 사실관계의 자료를 넘기는 행위는 형사소송법상 “이첩”이 아니라 자료를 협조제출한 것에 불과하게 된다. 결국 국방부가 말하는 군수사기관의 “진상조사”는 「군사법원법」에 의한 군수사기관의 활동이 아니라 단순한 행정조사기본법상 행정조사에 불과한 것이었는가라는 의문이 제기되고 「행정조사기본법」을 따르지 않은 조사행위는 위법한 것이 되어 수집된 자료 등은 위법증거로서 사용될 수 없게 되는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

(2) 둘째 법원이 재판권을 가지는 경우들 중 군인 등이 “사망하거나 사망에 이른 경우 그 원인이 되는 범죄”(「군사법원법」 제2조 제2항 제2호)와 관련해서도 그 적용에 있어서 전혀 논란이 없는 것은 아니다.

① 동 규정은 군인 등이 사망하거나 사망에 이른 모든 경우가 법원이 재판권을 가지는 사건이 되는 것이 아니라 그 사망의 원인이 범죄인 경우에만 법원이 재판권을 가지게 되고 이에 따라 사건도 민간 수사기관으로 이첩하게 된다. 그래서 이에 상응하여 수사의 단서인 변사자의 검시(「군사법원법」 제264조)도 법원이 재판권을 가지는 경우인지의 여부와 상관없이 군검사로 하여금 지휘하도록 정하고 있다(동조 제1항; 「군검찰사무 운영규정」 제24조; 「군검찰 사건사무규칙」 제12조; 「군사법경찰 수사규칙」 제21조 이하). 또한 변사자의 검시의 객관성을 담보하기 위하여 「법원이 재판권을 가지는 군인 등의 범죄에 대한 수사절차 등에 관한 규정」 제9조는 변사자나 변사한 것으로 의심되는 사체를 발견한 때에는 검사 및 사법경찰관리에게 변사사건 발생 사실을 지체 없이 통보할 의무를 부과하고(동조 제1항) 검사 및 사법경찰관리에게

년 10월 21일).

480) 『연합뉴스』 2023년 8월 7일 보도 “국방부, 故채수근 상병 부대장 등 ‘혐의’ 삭제하고 이첩키로”(https://www.yna.co.kr/view/AKR20230807096200504; 최종접속일: 2023년 10월 21일).

일정을 미리 통보하고 참여하게 할 수 있도록 하였으며(제2항) 필요한 경우 의견을 제시할 수 있도록 하고 있다(제3항). 그리고 검시 또는 검증 결과 법원이 재판권을 가지는 범죄 혐의가 있다고 “생각하는 경우” 검시에 참여한 검사 및 사법경찰관이 제시한 의견을 “고려하여” 검사 또는 사법경찰관에게 해당 변사사건을 인계할 수 있도록 정하고 있다(제10조). 또한 검시에 특별한 지장이 없다고 인정하면 변사자의 가족·친족, 소속 부대원이나 그 밖에 필요하다고 인정하는 사람을 참여시켜야 한다(「군사법경찰 수사규칙」 제24조).

② 그런데 변사자의 검시에 관한 검사 및 사법경찰관리에의 통보는 의무인데 대하여 검시에의 참여허용 자체는 재량사항으로 정하고 있는데 이것은 군인 등 범죄들 중 특히 군인 등의 사망의 원인이 범죄인 경우를 법원이 재판권을 가지는 범죄로 정한 입법취지 그리고 검시에 관한 검사 및 사법경찰관리에의 통보제도를 마련한 입법취지에 반할 뿐만 아니라 변사자의 검시와 관련한 이러한 민간수사기관의 검시참여의 임의적 허용규정은 검시의 객관성을 담보하는데 한계가 있다.

③ 더욱이 「법원이 재판권을 가지는 군인 등의 범죄에 대한 수사절차 등에 관한 규정」 제10조에 정한 변사사건의 처리와 관련해서도 “범죄 혐의가 있다고 생각하는 경우” 검시 참여 검사 및 사법경찰관리의 의견을 “고려하여” 변사사건을 검사 및 사법경찰관에게 “인계할 수 있도록” 정하고 있는데 “범죄 혐의가 있다고 생각하는 경우”란 검시를 지휘하는 군검사의 단독의 결정인지 그래서 검시에 참여한 검사 및 사법경찰관이 제시한 의견은 범죄혐의의 유무를 판단하는데 참고사항에 불과한 것인지가 명확하지 않다. 이것은 특히 군검사 및 군사법경찰관과 검시에 참여한 검사 및 사법경찰관의 의견이 상반되는 경우에 문제가 된다.

이것은 특히 검사나 사법경찰관이 군사법경찰이나 군검사의 검시나 검증과 별도로 검시나 검증을 한 경우 검사나 사법경찰관의 검증조서와 상반되는 군검사나 군사법경찰관의 검증결과를 적은 조서의 증거능력에서 문제가 된다. 「군사법원법」 제365조 제6항은 「형사소송법」 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등)에 대응하여 동일한 법문언어로 “군검사나 군사법경찰관이 검증 결과를 적은 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비기일 또는 공판기일에 작성자가 한 진술에 따라 성립의 진정이 증명된 경우에는 증거로 할 수 있다”고 규정하고 있어서 상반된 검증결

과를 적은 검증조서가 서로 경합하게 된다.

④ 또한 동조에 따르면 군검사는 변사자 등을 검시 또는 검증한 결과 범원이 재판권을 가지는 “범죄 혐의가 있다고 생각”하였음에도 불구하고 변사사건의 인계를 재량사항으로 정하고 있는 것이 과연 타당한가에 대해서는 의문이다. 왜냐하면 만약 이때의 “범죄 혐의가 있다고 생각”한 것이 동 규정 제7조 제1항에 정한 “해당 범죄가 발생했다고 의심할 만한 정황을 발견하는 등 범죄를 인지한 경우”에 해당한다면 재량의 여지없이 지체없이 민간수사기관에 사건을 인계하여야 하기 때문이다.⁴⁸¹⁾ 여기에서 「법원이 재판권을 가지는 군인 등의 범죄에 대한 수사절차 등에 관한 규정」 제7조 제1항의 범죄를 “인지”한 경우와 동 규정 제10조의 범죄 혐의가 있다고 “생각”하는 경우의 해석이 명확하지 않다는 문제도 동시에 제기된다.

⑤ 그리고 검시는 군검사가 직접 또는 군검사의 지휘에 따라⁴⁸²⁾ 군사법경찰관이 집행하게 되는데(「군사법원법」 제264조 제1항 및 제4항) 이때 군의관이나 의사를 참여시켜야 하고 이들로 하여금 검안서를 작성하게 하여야 한다(「군사법경찰 수사규칙」 제21조). 그런데 변사자 혹은 군검사나 군사법경찰관 등과 동일한 지휘계통에 종속된 군의관으로 하여금 검시에 참여하도록 하고 검안서를 작성하게 하는 것이 과연 적절한가라는 문제도 제기될 수 있다.

이렇게 본다면 과거 군의문사사건들, 예컨대 2014년 4월 7일 발생한 윤일병 살인사건⁴⁸³⁾과 같이 군인 등의 사망원인이 은폐·왜곡·조작된 경우에 현행 군사법경찰의 수사단서에 대한 조사, 특히 변사자의 검시·검증과 조사가 적절하게 진행될 수 있는가에 대해서는 의문이다.⁴⁸⁴⁾

481) 「군사경찰범죄수사규칙」 제21조(군사법경찰관의 직무범위를 벗어난 범죄를 발견한 경우) “군사법경찰관은 수사과정에서 사법경찰관리 또는 특별사법경찰관리의 직무범위에 속하는 범죄를 먼저 알게 되었을 때에는 그 수사를 중지하고 군사경찰부대·수사부대(서)의 장의 지휘를 받아 해당 사법경찰관리 또는 특별사법경찰관리에게 이첩하여야 한다.”.

482) 「군검찰사무 운영규정」 제24조: 「군검찰 사건사무규칙」 제12조

483) 『서울신문』 2023년 4월 7일 보도 “가래침 먹이고 성고문까지…‘윤일병 사망사건’[사건파일]”(https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20230407500187; 최종접속일: 2023년 6월 18일). 동 사건은 윤일병의 사인을 당초 “음식물로 인한 기도폐쇄에 따른 뇌 손상”으로 판정했다가 뒤늦게 “장기간 지속적인 폭행 및 가혹행위로 인한 좌골증후군 및 속발성 쇼크”로 변경하여 논란을 발생시켰고 그 와중에 가해자 변호인이 양심선언을 하면서 사건의 전말이 알려지게 되었다.

484) 그 밖에 본 보고서의 각주 1) 및 4) 참조.

⑥ 특히 군인 등의 사망사건과 관련하여 사망의 직접적인 원인이 “범죄가 아닌 자살”인 경우 자살의 직접적인 원인이 된 범죄가 은폐될 우려가 있다는 것⁴⁸⁵⁾은 무엇보다도 범죄적인 가혹행위로 자살에 이르게 된 2013년 7월 1일 김지훈일병 자살 사건⁴⁸⁶⁾이나 2018년 11월 26일 채현진 일병 자살건⁴⁸⁷⁾ 또는 성폭력으로 인한 2021년 5월 21일 공군 부사관 자살사건이나 2021년 8월 12일 해군 여중사 자살사건⁴⁸⁸⁾을 볼 때 단순히 기우로만 치부할 수 있는 문제만은 아닐 것이다.⁴⁸⁹⁾ 물론 2023년 6월 28일 제정된 「군사법경찰 수사규칙」 제23조 제4호에는 특별히 자살자나 자살로 의심되는 사체를 검시할 때의 주의사항을 규정하면서 “교사자 또는 방조자의 유무를 조사하고, 유서가 있는 경우 그 진위를 조사”하도록 하고 있으나 앞서 언급한 바와 같이 이 주의사항만으로 수사체계의 구조적인 문제에 대하여 얼마나 대응할 수 있는지는 명확하지 않다.

(3) 셋째 군사법경찰이 입건조차 하지 않거나 피혐의자 및 피해자를 포함한 사건관계인 등이 내사과정 및 결과에 이의가 있는 경우 사건관계인 등에 대한 불복수단의 보장에는 아직 개선되어야 할 점들이 여전히 남아 있다.

물론 군 형사사법절차가 일반 형사소송절차에 많이 접근해 가고 있는 것은 사실이다. 즉 「군검사와 군사법경찰관의 수사준칙에 관한 규정」 제11조 제4항과 「군 수사절차상 인권보호 등에 관한 훈령」 제14조의2는 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」 제16조 제4항 및 「경찰수사규칙」 제20조에 대응하여 피혐의자 및 피해자를 포함한 진정인 등에게 불입건 결정에 대하여 통지하도록 정하고 있고 피내사자를 포함한 피의자등 사건관계인은 수사업무종사자의 직무집행과 관련

485) 류지용·김호, 앞의 논문, 154면에서도 이 문제점에 관하여 지적하고 있다.

486) 『경향신문』 2014년 8월 11일 보도 “훈련 온 예비군 말만 듣고 ‘김지훈 일병 자살 원인’ 결론 내”(https://m.khan.co.kr/politics/defense-diplomacy/article/201408110600015#c2b; 최종 접속일: 2023년 6월 18일).

487) 『한겨레』 2019년 11월 26일 보도 “아들 앓아간 ‘군대 내 괴롭힘’…엄마에게도 ‘생지옥’이었다”(https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/918598.html?_ga=2.203846484.555267164.1697982072-188636750.1696927586; 최종접속일: 2023년 6월 18일).

488) 『서울신문』 2021년 8월 12일 보도 “이번엔 해군 여중사, “상사에 성추행” 신고 뒤 극단 선택”(https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20210812500213; 최종접속일: 2023년 6월 18일).

489) 『한겨레』 2021년 8월 14일 보도 “작전하듯 사건 은폐 시도…반복되는 ‘군 성폭력 비극’”(https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1007682.html; 최종접속일: 2023년 6월 18일).

하여 「군 수사절차상 인권보호 등에 관한 훈령」 위반이나 그 밖에 인권침해에 관한 인권보호담당관에게 신고를 할 수 있도록 한 것은 「경찰 인권보호 규칙」의 인권담당관제도나 「경찰 수사에 관한 인권보호 규칙」 제50조 이하의 수사인권보호제도 그리고 「검찰청 인권보호수사규칙」의 인권보호담당관제도에 대응한 것으로서 군검사와 군사법경찰관의 내사와 관련하여 일반 형사소송절차에 많이 접근해 가고 있다. 또한 일반 사법경찰의 「(경찰청) 범죄수사규칙」 제9조 이하에 정한 기피제도에 상응한 이른바 수사관교체요청제도는 「군사경찰 범죄수사규칙」 제8조 이하에도 규정됨으로써 “군사법경찰관이 불공정한 수사를 하였거나, 불공정한 수사를 할 염려가 있다고 불만한 객관적·구체적인 사정이 있는 때” 사건관계인 등은 기피를 신청할 수 있게 되었다. 또한 군사법경찰의 편파적인 조사 등에 대한 시정을 희망하는 사항에 대해서는 군검찰에 진정할 수도 있다(「군검찰 사건사무규칙」 제160조(진정 등 수리) 제2항 제4호). 그리고 군사법경찰관이 내부종결한 사건에 대해서는 정식으로 군사법경찰이나 군검찰에 고소·고발할 수 있는 것은 물론이다.

① 그러나 불입건 결정통지에 관하여 정한 「군 수사절차상 인권보호 등에 관한 훈령」 제14조의2나 「군사법경찰 수사규칙」 제14조에는 「경찰수사규칙」 제20조와 마찬가지로 불입건 결정에 대한 불복수단을 명시하지 않고 있다. 그러나 앞서 “진상조사”와 관련해서 살펴보았듯이 법원이 재판권을 가지는 범죄의 수사단서의 조사, 즉 이첩여부를 결정하기 위한 범죄혐의 유무에 대한 조사는 피조사자의 지휘계통에의 종속성으로 인하여 종종 수사와 구별하기 어렵고 일반사법경찰관에게 이첩하지 않는 군사법경찰관의 내사종결처분⁴⁹⁰⁾의 경우 수사의 이첩과 달리 일반사법경찰이나 검사가 이첩을 요구할 수 있는지도 명확하지 않다는 문제가 있다.

② 또한 일반사법경찰관의 경우 「(경찰청) 경찰 수사사건 심의 등에 관한 규칙」 제2조에서 수사뿐만 아니라 내사에 대해서도 “경찰 내사·수사 절차 또는 결과의 적정성·적법성이 현저히 침해되었다고 판단하는 경우” 수사심의를 신청할 수 있는데 대하여 군사법경찰의 경우에는 이에 관한 규정을 찾아 볼 수 없다.

(4) 넷째 이러한 문제적인 상황 하에서 내사에 대한 지휘가 지휘계통에 종속되어

490) 검사의 내사사건 종결처리와 관련하여 헌법재판소 1990.12.26. 89헌마277 전원재판부: “진정에 기하여 이루어진 내사사건의 종결처리라는 것은 구속력이 없는 진정사건에 대한 수사기관의 내부적 사건처리방식에 지나지 아니한 것”.

있는 것은 내사의 독립성·중립성과 공정성에 대하여 의문을 제기하도록 만든다. 일반사법경찰관의 내사(입건 전 조사)는 “해당 사법경찰관이 소속된 경찰관서의 수사 부서의 장”의 지휘를 받아야 하는데 대하여(「경찰수사규칙」 제19조 제1항) 군사법경찰관의 입건 전 조사는 군사법경찰대의 장이 아니라 “소속 부대 또는 기관의 장의 지휘”를 받도록 함으로써 내사 지휘권자와 수사 지휘권자⁴⁹¹⁾가 분리되게 되는데 이처럼 군사법경찰관의 내사가 군조직의 지휘계통에 종속적인데 과연 법원이 재판권을 가지는 범죄의 혐의의 유무를 확인하는 내사에서 객관성과 공정성을 기대할 수 있는가에 대해서는 의문이 제기된다. 물론 사건의 이첩을 받은 일반사법경찰관은 이첩의 범위에 구속되지 않고 독립적으로 수사의 범위를 정하여 수사할 수 있으나 앞서 언급한 바와 같이 범 죄혐의의 유무, 즉 혐의내용과 피혐의자의 특정없는 “진상조사”의 이첩의 경우 일반사법경찰관은 해당 조사내용을 신뢰할 수 있는가라는 문제와 함께 군 내부에 대한 수사를 처음부터 다시 수행하여야 하는 시간적·인적 노력을 투입해야 하는데 이것은 군수사기관과 민간수사기관 간의 상호협력을 규정한 「법원이 재판권을 가지는 군인 등의 범죄에 대한 수사절차 등에 관한 규정」의 입법 취지에도 반하는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

따라서 법원이 재판권을 가지는 범죄의 경우 군수사기관이 수사의 단서를 얻는 즉시 사건을 민간 수사기관에 이첩하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 이러한 의미에서 2023년 09월 26일 김종민의원 등이 발의한 “군사법원법 일부개정법률안”이 그 원인이 범죄인지의 여부와 상관없이 사망사건인 경우와 해당 사건이 법원에 기소된 경우에는 일반법원이 재판권을 행사하도록 한 것(개정안 제2조 제4항 제1호)⁴⁹²⁾은 매우 긍정적인 것이기는 하지만 변사체의 검사를 군검사나 군사법경찰관에게 계속 담당하도록 한 것은 적절하지 않다고 판단된다.

491) 「군사경찰범죄수사규칙」 제14조(군사경찰부대의 장) “국방부직할부대, 각 군 참모총장 직속의 직할부대 또는 기관으로 구성된 군사경찰부대·수사부서(대)의 장은 합리적이고 공정한 수사를 위하여 범죄수사에 대해 전반적인 지휘·감독을 하며, 체계적인 수사 인력·장비·시설·예산 운영 및 지도·교양 등을 통해 그 책임을 다하여야 한다”.

492) 2023년 09월 26일 「군사법원법 일부개정법률안(김종민의원 등 10인)」(의안번호: 2124732). 또한 동 법률안에는 변사자의 검사와 관련해서도 종래 「법원이 재판권을 가지는 군인 등의 범죄에 대한 수사절차 등에 관한 규정」 제9조에 규정된 검사와 사법경찰관의 변사자의 검시 참여 등에 관한 규정들을 「군사법원법」에 규정하는 내용도 포함하고 있다(개정안 제264조).

제6절 | 군판사, 군검사 그리고 군사법경찰관의 독립성 및 중립성

1. 군판사의 독립성의 문제

군사재판의 독립성 및 중립성은 군판사의 신분보장에 의하여 담보된다는 점에서 2021년 「군사법원법」 개정은 많은 긍정적인 측면에도 불구하고 여전히 우려스러운 문제점들도 남겨놓은 것이 사실이다.

이와 관련하여 2021년 개정 「군사법원법」에서 긍정적인 측면이라면 ① 군판사의 신분보장을 위하여 임명·연임·해임과 관련하여 군판사인사위원회를 신설하여 민간 부문의 인사를 참여시켰다는 점(제26조),⁴⁹³⁾ ② 국방부장관의 군판사 임명 및 연임 등에 대하여 군사법원운영위원회의 동의를 얻도록 한 점(제4조의2), ③ 그 귀결로서 종래 군판사를 각 군 참모총장이 영관급 이상의 소속 군법무관 중에서 임명하고 다만, 국방부 및 국방부직할통합부대의 군판사는 국방부장관이 영관급 이상의 소속 군법무관 중에서 임명하도록 했던 것⁴⁹⁴⁾을 군판사인사위원회의 심의를 거치고 군사법원운영위원회의 동의를 받아 국방부장관이 임명하도록 한 것(제23조 제1항), ④ 군판사의 정년을 계급정년과 별도로 독립적으로 정했다는 점(제26조 제3항), ⑤ 군판사는 군검사 등 군사법원 외의 다른 부대의 직위로 보직되지 못하도록 함으로써 이른바 보직순환을 금지시켜 군판사(그리고 군검사)의 독립성을 제고했다는 점(동조 제4항), ⑥ 외부로부터의 영향력을 차단하기 위하여 군판사에 대한 본인의 의사에 따르지 아니한 전역은 군판사인사위원회의 심의를 거친 후 「군인사법」에 따라 국방부장관이 하도록 한 점(제30조) 등이다.

그러나 이러한 긍정적인 변화에도 불구하고 군판사의 독립성과 중립성을 담보하는데 전혀 문제가 없는 것은 아니다.

즉 ① 군판사의 임명은 군판사인사위원회의 심의를 거치고 군사법원운영위원회의 동의를 받아 국방부장관이 임명하도록 하고 있으나 민간인과 군인 등으로 구성된 군판사인사위원회⁴⁹⁵⁾는 심의기관이지 의결기관이 아니라는 점에서 구속력이 없다는

493) 「군사법원법」 제22조의2: 「군사법원의 조직 및 운영에 관한 규정」 “제4장 군판사인사위원회”.

494) 「(구)군사법원법」 제23조.

점, ② 군판사의 임명 및 연임 동의에 관한 사항에 대한 심의 및 의결권을 가지는 군사법원운영위원회(제4조의2 제1항)는 국방부와 각 군 참모총장 그리고 군사법원장에 의하여 구성된다는 점, ③ 군사법원운영위원회의 운영위원의 제척·기피와 관련하여 운영위원이 해당 사건에 관하여 당사자의 직접적인 지휘계통에 있는 자라고 하더라도 제척·기피사유⁴⁹⁶⁾에 해당되지 않아 군판사의 임명과 연임에 지휘계통이 영향을 미칠 수 있으며 다만 이러한 경우가 「군사법원의 조직 및 운영에 관한 규정」 제6조 제1항 제5호에 정한 “그 밖에 군사법원운영위원회의 심의·의결에 직접적인 이해관계가 있다고 인정되는 경우”에 해당하는지의 여부도 명확하지 않다는 점, ④ 군판사의 신분보장과 관련하여 임기제와 정년제를 도입하기는 했지만(「군사법원법」 제26조) 군판사는 헌법상 법관임에도 불구하고 「헌법」 제106조 제1항과 같이 “법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직·감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한 [것]”이 아니라 단순히 “근무성적이 현저히 불량하여 군판사로서 정상적인 직무를 수행할 수 없는 경우”(제27조 제2항 제2호)에도 군판사인사위원회의 심의를 거쳐 국방부장관이 해임할 수 있도록 하고 있다는 점, ⑤ 물론 「군사법원법」 제30조에 따라 군판사의 본인의 의사에 따르지 않은 전역을 강제당하는 경우 군판사인사위원회의 심의를 거치도록 하고 있기는 하지만 제27조에서 해당사유를 필요적 연임불가사유로 정하고 있는 만큼 결국 군판사는 지휘계통에 있는 상급자의 근무평정에 종속될 수밖에 없다는 점, 그리고 ⑥ 동 규정은 전역에 관한 것이며 직위해제의 경우와 관련해서는 명문규정을 두고 있지 않다는 점 등은 군판사의 독립성·중립성 그리고 공정성을 기대하기 어렵게 만드는 문제점들이라고 말할 수 있다.

특히 군판사의 신분보장과 관련하여 군판사가 헌법상 법관이 아니라면 이미 이 지점에서 군사법원의 정당성은 상실될 것이고, 그렇다고 하여 헌법상 법관이라면 「헌

495) 「군사법원법」 제22조의2(군판사인사위원회) “④ 군판사인사위원회의 위원은 다음 각 호에 해당하는 사람을 국방부장관이 임명하거나 위촉한다. 1. 군판사 1명, 2. 대법원장이 추천하는 법관 1명, 3. 법무부장관이 추천하는 검사 1명, 4. 대한변호사협회의 장이 추천하는 변호사 1명, 5. 사단법인 한국법학교수회 회장과 사단법인 법학전문대학원협의회 이사장이 각각 1명씩 추천하는 법학교수 2명, 6. 각 군 참모총장이 각각 1명씩 추천하는 장교 3명, 7. 학식과 덕망이 있고 각계 전문 분야에서 경험이 풍부한 사람으로서 변호사의 자격이 없는 사람 2명. 이 경우 1명 이상은 여성이어야 한다”.

496) 「군사법원의 조직 및 운영에 관한 규정」 제6조 제1항.

법」 제106조 제1항이 정한 바와 같이 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되어서는 안 되며 「군사법원법」이 상위법인 헌법의 명문규정에 반하여 규정하는 것은 위헌의 소지가 있는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다. 물론 「헌법」 제110조 제3항이 “군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격은 법률로 정한다”고 규정하고 있기는 하지만 법관의 신분보장은 헌법상의 것이며 군판사가 헌법상 법관인 이상 이 법관의 “지위”는 법률유보에 의하여 폐지할 수 없다고 보아야 한다. 이렇게 본다면 「군사법원법」 제28조가 군판사를 단순히 “직”으로 표현하고 있는 것은 애초부터 군판사에게 법관의 “지위”를 인정하지 않겠다는 표현인지가 의문이며 군사재판의 독립성·중립성 그리고 공정성은 군판사의 “직”의 보장이 아니라 법관으로서의 “지위”를 인정할 때 비로소 구현될 수 있다고 보아야 한다.

또한 2019년 5월 1일(의안번호: 2020114)과 2020년 7월 3일 발의된 정부안(의안번호: 2101436)에서는 군사법원장을 15년 이상 판사·검사 또는 변호사 등의 직에 있던 사람 중에서 임용하도록 하였으나 원안대로 통과된 2021년 8월 25일 발의된 법제사법위원장안(의안번호: 2112215)에서는 현행 제24조 제1항대로 “군법무관으로서 15년 이상 복무한 영관급 이상의 장교 중에서 임명”하도록 바뀌었는데⁴⁹⁷⁾ 그 이유에 대해서는 명확하지 않다.⁴⁹⁸⁾ 다만 군사법원장을 민간 법조인으로부터 임명하려던 시도는 군의 지휘명령계통에서 탈피할 수 있는 최소한의 담보장치로서 기능할 수 있었다는 점에서 의미가 있었다는 것은 부인할 수 없을 것이다.⁴⁹⁹⁾

이렇게 본다면 장기적으로는 군판사의 독립성·중립성 그리고 공정성을 담보하기 위해서는 군판사를 민간 법조인으로부터 임명하는 방안이 타당하다고 판단되며 단기적으로는 무엇보다도 군판사가 소송당사자의 직접적인 지휘계통에 있는 때에도 제척·기피사유가 되도록 명확히 할 필요가 있으며 지휘계통에 있는 상급자의 근무평정에 의하여 군판사의 지위가 종속되지 않도록 신분보장을 일반 법관의 것에 준하여 정할 필요가 있다.

497) 이 점을 지적하고 있는 것으로는 정지훈, 앞의 논문, 190면 이하.

498) 정지훈, 앞의 논문, 190면.

499) 정지훈, 앞의 논문, 190면.

2. 군검사의 독립성

가. 군검사의 독립성

군검찰과 관련하여 2021년 개정 「군사법원법」 제36조는 군검사의 사무를 관장하기 위하여 국방부장관과 각 군 참모총장 소속으로 군검찰단을 설치하여 각 군검찰단을 국방부장관과 각 군 참모총장으로 하여금 지휘·감독하도록 하고 있으나(일반적 지휘·감독권) 구체적 사건에 대해서는 국방부장관은 각 군 참모총장과 국방부검찰단장만을(제38조 단서) 그리고 각 군 참모총장은 소속 검찰단장만을 지휘·감독하도록 정하고 있다(제39조 단서). 이것은 「검찰청법」 제8조가 법무부장관으로 하여금 검사에 대하여 일반적 지휘·감독만을 그리고 검찰총장에 대해서는 구체적인 사건에 대한 지휘·감독을 할 수 있도록 정하여 구체적인 사건에서 검사의 직무가 외부로부터의 압력에 영향받지 않도록 함으로써 검사의 직무의 독립성·중립성을 담보하고 있는 것을 그대로 반영한 것이라는 점에서 중요한 개정이라고 볼 수 있다. 특히 상·하급자 간의 지휘계통에 대한 종속성이 일반 검사의 경우보다 훨씬 강한 군검사의 경우에 이러한 독립성·중립성을 담보할 수 있는 장치를 마련한 것은 긍정적으로 평가될 수 있다.

또한 이러한 지휘·감독체계의 구조적인 변화로 강화된 군검사의 직무의 독립성·중립성을 실질적으로 보장하기 위하여 구체적인 사건과 관련하여 상급자의 지휘·감독의 적법성 또는 정당성 여부에 대하여 이견이 있는 때에는 군검사가 이의를 제기할 수 있도록 한 것이다(「군사법원법」 제40조 제2항).⁵⁰⁰⁾

그러나 이러한 군검사의 지휘·감독체계에 대한 구조적인 변화가 과연 기대한 만큼의 수사와 기소의 독립성·중립성 그리고 공정성을 보장할 수 있는가에 대해서는 의문이 제기된다.

첫째 2021년 개정된 「군사법원법」은 국방부 소속 국방부검찰단과 각 군 검찰단을 설치하도록 하고 있으나, 검찰청이 상위의 통일된 검찰청 산하에 사무관할 별로 대검찰청과 지방검찰청을 두고 있는 것과 같이, 통일된 외청으로서 군검찰단 산하에 국방부검찰단과 각 군 검찰단을 통합시켜 군검찰단 자체를 조직상 국방부장관이나 각 군 참모총장의 지휘계통으로부터 독립시킬 필요가 있다. 즉 군검찰이 준사법기관으로

500) 동 규정은 「검찰청법」 제7조(검찰사무에 관한 지휘·감독) 제2항에 상응하는 것이다.

서 공정한 수사권과 기소권의 행사하여야 한다면 검찰에 준하는 조직적 정당성을 담보할 수 있도록 하는 것이 필수적이며⁵⁰¹⁾ 이러한 개혁이념은 이미 참여정부 때인 2004년 6월 청와대가 마련한 군사법원 개혁안에도 포함되었던 내용이다.

둘째 국방부장관과 각 군 육군참모총장의 군검사에 대한 지휘·감독권과 관련해서도 군검사의 독립성·중립성은 여전히 해소되지 못하고 있다. 이것은 애초부터 법무부장관의 일반적 지휘·감독권과 구체적 지휘·감독권이 전혀 문제가 없는 것이 아니라는 점에 기인한다.⁵⁰²⁾ 즉 검사는 검찰사무와 관련하여 구체적인 사건에서 상급자의 지휘·감독을 받는다(「검찰청법」 제7조 제1항)면 해당 상급자는 공무원의 계층구조상 결국 검찰총장의 지휘·감독권으로 소급해 올라가게 되는데 궁극적으로 검찰총장이 구체적인 사건과 관련하여 법무부장관의 지휘·감독을 받는다면 구체적인 사건에서의 법무부장관의 지휘·감독은 검찰 내의 지휘·감독계통을 따라 아래로 내려가는 한 결국 구체적인 사건에서의 검사에 대한 지휘·감독이 될 위험이 크기 때문이다. 이것은 우리나라와 같이 검사에 대한 법무부장관의 지휘·감독제도를 가지고 있는 독일의 경우에도 지속적으로 비판의 대상이 되고 있는 문제이기도 하다.⁵⁰³⁾ 그런데 이 문제는 계급 및 지위에 따른 상명하복의 지휘계통이 검사의 경우보다 훨씬 엄격한 군 내부에서는 보다 심각한 문제를 야기할 수 있다.

또한 「헌법」 제74조 제1항은 “대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 국군을 통수한다”고 규정하여 대통령은 군통수권자로서 군정권뿐만 아니라 군령권을 가지고 있다.⁵⁰⁴⁾ 즉 대통령은 다른 정부부처와 달리 국방부장관과 각 군 참모총장에 대하여 군통수권자로서의 지위를 가지고 있다는 점에서 군인범죄가 정치문제화될 가능성도 전혀 배제할 수 없을 것이다.

셋째 군검사에 대한 국방부장관과 각 군 참모총장의 구체적 지휘·감독권의 제한에

501) 같은 취지로는 이현정, 앞의 논문, 159면.

502) 이에 관한 상세한 것은 탁희성, in: 탁희성·박형민·김대근·김유근, 『한국의 형사사법체계 및 관리에 관한 연구(III) : 수사구조의 진단 및 개혁』, 한국형사법무정책연구원, 2018.12, 483면 이하.

503) 이에 관한 상세한 것은 Carsten, Ernst Sigismund/Rautenberg, Erardo Cristoforo, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart: Ein Beitrag zur Beseitigung ihrer Weisungsabhängigkeit von der Regierung im Strafverfahren*, 3. Auflage, 2015, S. 503 ff.; 김유근, in: 탁희성·박형민·김대근·김유근, 앞의 보고서, 227면.

504) 양건, 『헌법강의』, 제11판, 법문사, 2022, 1277면 이하.

도 불구하고 군검사의 개별적인 처분행위들, 예컨대 내사(입건 전 조사)의 개시와 종결, 수사의 개시와 종결, 강제처분, 공소제기 또는 불기소처분, 이송 등에 대한 결재권은 군검사를 결재·승인권자에게 종속시킬 위험이 있다. 현재 군검찰단의 위임전결 규정이 공개되어 있지 않아 정확한 것은 알 수 없으나 군검사의 처분행위에 대한 최상위 결재·승인권자를 국방부장관이나 각 군 참모총장으로까지 정하는 경우 군검사에 대한 국방부장관과 각 군 참모총장의 구체적 지휘·감독권의 제한의 의미는 그런 만큼 희석될 수밖에 없을 것이다.

넷째 군검사의 구체적 사건에서의 이의제기권과 관련해서도 전혀 문제가 없는 것은 아니다. 무엇보다도 현재까지 군검사의 이의제기 처리절차에 관한 규정이 공개되지 않았는지 아니면 아직 마련되지 않은 것인지의 여부가 공개되어 있지 않은 상태이다. 그런데 만약 「검찰청법」 제7조 제3항 및 「검사의 이의제기 절차 등에 관한 지침」을 바탕으로 국방부가 절차규정을 마련하는 경우 검사의 이의제기 처리절차에 대한 비판이 군검사의 이의제기제도에 그대로 적용될 것이다. 즉 「검사의 이의제기 절차 등에 관한 지침」 제2조에 따르면 검사가 이의를 제기하기 전에 해당 상급자와 숙의절차를 거처도록 하고 있는데 이에 대해서는 “해당 상급자가 이의제기를 무마하기 위해 검사에게 심리적 압박과 부당한 영향력을 행사할 여지가 있다”는 비판이 제기될 뿐만 아니라⁵⁰⁵⁾ 해당 이의제기의 최종 조치권자가 해당 검사 소속 기관장이라는 점에서 이의제기절차가 해당 검사의 지휘계통 내에서만 이루어진다는 점에서 그 공정성에 대하여 의문이 제기된다. 더욱이 상급자의 지휘가 “법령위반 등 특별한 사정이 없는 한” 기관장의 지시를 따르도록 하고 있다는 점에서(동 지침 제5조) 상급자의 지휘가 재량행위의 일탈 혹은 재량행위를 일탈하지 않았으나 부당한 결과를 초래하는 경우에 대해서는 대응할 수 없다. 또한 동 지침 제5조 제2항은 이의제기를 이유로 불이익을 받지 아니한다고 규정하고 있기는 하지만 그 내용이 명확하지 않아 예컨대 이의제기를 한 검사를 수사에서 배제하는 것이 불이익처분에 해당하는지가 명확하지 않으며 사후에 이의제기한 검사가 부정적인 복무평정을 받은 경우 그것이 이의제기와 인과관계가 있는 것인지의 여부를 밝히는 것도 쉽지 않은 것이 사실이다. 이렇게 본다면

505) 『법률신문』, 2019년 11월 12일 “법무검찰개혁위 “검사의 이의제기권 실질적으로 보장하라””(https://www.lawtimes.co.kr/news/157180; 최종접속일: 2023년 11월 6일).

「(경찰청) 범죄수사규칙」 제30조부터 제35조에 정한 처리절차는 「검사의 이의제기 절차 등에 관한 지침」보다 구체적이고 앞서 언급한 비판을 어느 정도 해소해 줄 수 있도록 규정되어 있는 것이 사실이다. 즉 「(경찰청) 범죄수사규칙」에는 예컨대 이의제기서를 제출받은 상급자의 재지휘, 상급자의 재지휘에 대한 상급기관에의 이의 제기, 이의제기 목록의 상급 경찰관서장에게 제출의무 그리고 불이익 금지의 내용의 구체화 등 매우 구체적이고 상세한 내용을 규정하고 있다.

이상의 내용을 고려할 때 군검찰의 경우 어떻게 지휘계통으로부터의 독립성과 중립성을 확보할 수 있는가가 향후의 과제가 될 것으로 판단된다. 그런데 주요 입법례가 군검사의 독립성·중립성을 담보하기 위하여 취하고 있는 조치들은 우리에게 많은 시사점을 준다.

예컨대 영국의 경우 군사법원을 유지하면서 군검찰에 대하여 매우 선도적으로 대응하고 있는데 2006년 「국군법(*Armed Forces Act 2006*)」의 개정을 통해 군검찰(*Service Prosecuting Authority*)을 조직상 국방부로부터 독립시키는 한편 법무부장관(*Attorney General*)의 일반적 감독만을 받으며 “국립검찰 행동강령(*Code for Crown Prosecutors*)”의 적용을 받도록 함으로써⁵⁰⁶⁾ 검사와 동일한 지위를 보장하고 있는 것은 시사하는 바가 크다.

그리고 영국 외에도 군검찰을 국방부의 지휘·감독권뿐만 아니라 지휘계통으로부터 독립시키고 있는 입법례로는 예컨대 덴마크나 호주를 들 수 있다. 그리고 스위스의 경우 군사법부를 별도로 설치하여 군 형사사법을 애초에 군과 분리하여 독립성을 확보하고 있다. 또한 이탈리아는 군검사를 민간인 검사로부터 임용하고 있다.

이상의 2021년 개정 「군사법원법」의 문제점과 주요 외국 입법례를 살펴볼 때 군검찰을 국방부의 외청으로 독립시키는 한편 구체적인 사건과 관련해서는 국방부장관은 각 군 참모총장이든 혹은 국방부검찰단장이든 누구도 지휘·감독하지 못하도록 할 필요가 있으며 이것은 각 군 참모총장의 경우에도 마찬가지이다. 즉 구체적인 사건에 대한 군검찰단 외부의 지휘감독권은 그것이 설령 해당 사건을 담당하는 군검사에

506) 이에 관한 것은 *Lyon, Ann/Familoe, Geoffrey*: “7 The new British system of court martial”, in: *Duxbury, Alison/Groves, Matthew, Military Justice in the Modern Age*, Cambridge University Press, 2016, pp. 168; 영국 정부 홈페이지에 게재된 소개 참조(<https://www.gov.uk/guidance/service-prosecuting-authority>; 최종접속일: 2023년 10월 20일).

대한 직접적인 것이 아니라고 하더라도 해당 군검사가 소속한 군검찰단장에 대한 것이라면 이미 군검찰단 외부로부터의 군검사에 대한 영향력으로 작용할 수밖에 없다. 구체적인 사건이 얼마나 독립적이고 중립적으로 그리고 투명하게 수사되고 해당 수사결과에 따라 군검사의 공소권이 행사되었는지의 여부는 군 형사사법에 대한 국민의 신뢰를 가늠하는 척도가 될 것이다. 그리고 군검사의 이의제기의 처리절차를 (여전히 문제가 많은) 일반 검사의 것에 준하여 마련할 것이 아니라 보다 합리적인 처리절차로 구상할 필요가 있다.

나. 국방부장관의 기소결정권과 검사의 기소권의 독립

군검사의 독립성과 관련하여 가장 문제가 되는 것이 바로 국방부장관의 기소결정권이다.

2021년 개정 「군사법원법」에 새롭게 신설된 것이 바로 국방부장관의 기소결정권이다. 즉 동 개정으로 성폭력범죄, 군인 등이 사망하거나 사망에 이른 경우 그 원인이 되는 범죄 그리고 군인 등이 그 신분취득 전에 범한 죄에 대한 재판권이 일반 법원으로 이관되면서(동법 제2조 제2항 본문) 이들 범죄의 경우에도 “국가안전보장, 군사기밀보호, 그 밖에 이에 준하는 사정이 있는 때”에는 이미 해당 사건이 법원에 기소된 후가 아니면 국방부장관이 군사법원에 기소하도록 결정할 수 있도록 하고 있다(동조 제4항). 그리고 이에 불복하는 때에는 검찰총장 및 고소권자는 7일 이내에 대법원에 그 취소를 구하는 신청을 하도록 정하고 있으며(동조 제5항) 그 재판절차는 제3조의2부터 제3조의7에 정한 재판권 쟁의에 대한 재정신청의 절차를 준용하도록 하고 있다(동조 제6항).

이 국방부장관의 기소결정권은 법원이 재판권을 가지는 범죄의 경우에도 특히 국가안전보장, 군사기밀보호, 그 밖에 이에 준하는 사정의 존재라는 군사법원이 재판권을 가져야 할 필요성을 고려하여 신설된 규정이라고 판단된다.

물론 성폭력범죄나 군인 등이 사망하거나 사망에 이른 경우 그 원인이 되는 범죄가 국가안전보장, 군사기밀보호, 그 밖에 이에 준하는 사정과 관련되어 군사법원이 재판권을 가져야 할 필요성이 존재하는 경우는 거의 없을 것이다.⁵⁰⁷⁾ 그렇다면 군인 등이 그 신분취득 전에 범한 죄가 대상이 되는데 군사법원의 재판권은 「군형법」 위반뿐만

아니라 군인 등이 범한 죄 일체에 미친다는 점(「군사법원법」 제2조 제1항 제1호) 그리고 「군사법원법」 제2조 제2항 제3호는 군인 등이 그 신분취득 전에 범한 죄에 제한을 두고 있지 않다는 점에서 그 파급효과는 클 것으로 판단된다.

그런데 이러한 국방부장관의 기소결정권은 군검사의 기소권의 독립과 정면으로 충돌한다는 문제가 제기된다.

첫째 앞서 언급한 바와 같이 국방부장관은 구체적 사건과 관련하여 각 군 참모총장과 국방부검찰단장만을(「군사법원법」 제38조 단서) 그리고 각 군 참모총장은 소속 검찰단장만을 지휘·감독하도록 정하고 있는데(제39조 단서) 국방부장관이 구체적 사건과 관련하여 해당 사건을 군사법원에 기소하도록 결정할 수 있도록 한 것은 구체적 사건에서 군검사에 대한 국방부장관의 직접적인 지휘·감독권을 제한한 입법취지에 정면으로 반한다.

즉 구체적인 사건에 대하여 기소여부를 국방부장관이 직접 결정할 수 있도록 한 것 자체가 이미 군검사에 대한 직접적인 지휘·감독권을 행사할 것을 정한 것일 뿐만 아니라 국방부장관은 어떤 사건이 군사법원에 기소하여야 하는 사건인지의 여부를 결정하기 위하여 군검사로 하여금 구체적인 사건마다 지휘체통을 통하여 보고하도록 할 필요가 있게 되는데 이렇게 본다면 2021년 「군사법원법」 개정 이전과 비교하여 무엇이 개선되었는지는 명확하지 않다.

물론 이때 구체적인 사건과 관련하여 국방부장관은 단지 각 군 참모총장만을 지휘·감독한 것이라고 말할 수도 있으나 국방부장관의 지휘·감독을 받은 각 군 참모총장은 다시 자신의 지휘·감독권이 미치는 소속 검찰단장을 직접 지휘·감독하게 되고, 군검사가 중요사건의 기소여부를 결정하는데 승인권(「군검찰사건사무규칙」 제68조)을 가진 해당 소속 검찰단장은 상급자의 명령에 대한 복종의무가 있는 군검사를 직접 지휘·감독하게 된다(「군사법원법」 제40조 제1항) 결국 구체적인 사건에서의 군검사에 대한 국방부장관이나 각 군 참모총장의 지휘·감독권의 제한은 유명무실한 것이 된다(바로 여기에 구체적인 사건과 관련해서는 국방부장관이든 각 군 육군총장이든 구체적 지휘·감독권을 행사하지 못하도록 하여야 하는 이유가 있다).

507) 임석순, 앞의 논문, 46면 이하에서는 이 문제는 현실화될 가능성은 크지 않은 것으로 판단하는 것 같다.

둘째 기소권은 준사법기관으로서의 군검사의 독자적이고 독점적인 권한이기 때문에 국방부장관으로 하여금 구체적인 사건에서 기소여부를 결정하도록 한 것은 지휘계통을 통하여 군검사의 업무에 영향력을 행사한 것이 된다.

셋째 국방부장관의 기소결정은 일방적인 것이어서 사후적으로 검찰총장 및 고소권자로 하여금 대법원에 그 취소를 구하도록 한 것은 법원이 재판권을 가지는 범죄에 대한 검찰의 독점적 기소권에 대한 중대한 침해가 될 수 있다. 물론 「법원이 재판권을 가지는 군인 등의 범죄에 대한 수사절차 등에 관한 규정」 제6조 제2항에 따라 국방부장관은 기소결정 전에 검찰총장의 의견을 들을 수 있다고 정하고 있지만 이것은 재량 사항에 불과하다.

넷째 본래 2009년 12월 29일 「군사법원법」 개정⁵⁰⁸⁾으로 재판권 쟁의에 대한 재정신청제도가 도입되었음에도 불구하고(제3조의2) 왜 국방부장관에게 일방적 기소결정권을 부여했는지가 명확하지 않다. 더욱이 국방부장관의 기소결정에 대한 취소신청은 재판권 쟁의에 대한 재정신청 절차를 따르도록 하고 있어서 절차진행에 있어서 신속성이나 효율성이 보장되어 있는 것도 아니다.

다섯째 더욱이 이때 신청권자에서 고발인은 제외되어 있는데 그 이유가 무엇인지도 명확하지 않다. 특히 군인 등에 의한 「군형법」 제13장의 약탈의 죄나 「국제형사재판소관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」에 정한 전쟁범죄나 인도에 반하는 죄의 경우 고발인의 역할이 매우 중요하다는 점을 고려할 때 고발인도 취소를 구하는 신청권자로 정할 필요가 있다.

여섯째 무엇보다도 심각한 문제는 자칫 군사재판이 정치화될 위험이 있다는 점이다. 즉 국방부장관의 기소결정의 사유인 “국가안전보장, 군사기밀보호, 그 밖에 이에 준하는 사정”의 고려는 법률적 판단이 아니라는 것은 명백하다. 즉 군사법원의 재판권은 이미 「군형법」 제1조와 「군사법원법」 제2조 제1항 및 제2항에 정한 신분적 적용범위와 범죄의 종류에 따라 정해져 있는데 국방부장관의 기소결정은 이러한 신분적 적용범위나 범죄의 종류에 대한 법률적 판단에 기한 것이 아니라 법률외적 요소들의 고려에 기한 것이기 때문이다.

이 문제는 국방부장관은 반드시 법무관이거나 법조인일 필요가 없다는 점에서 더욱

508) 법률 제9841호, 2009.12.29. 일부개정, 2010.6.30. 시행.

심각한 문제를 야기한다. 즉 기소권은 검사의 법률적 판단이라는 점에서 검사의 자격은 매우 엄격하게 법률로 정해지는데 그런 만큼 검사의 법률적 판단, 즉 기소 또는 불기소결정에 대한 정당성이 담보된다. 그렇다면 국방부장관의 기소결정의 정당성은 어디에서 찾아야 하는지가 명확하지 않으며 기껏해야 과거의 관할관제도의 잔재에서(그러나 전시 관할관제도도 존속한다) 그 근거를 찾아야 하는지가 의문이다.

이렇듯 국방부장관의 기소결정권은 법률적 판단이어야 할 기소 또는 불기소결정을 이제는 정치판단으로 전락시킬 위험이 있다는 점에서 폐지될 필요가 있다.

3. 전관예우의 문제

군사재판의 독립성과 중립성을 저해하는 원인으로 작용할 수 있는 것들 중의 하나가 바로 군판사, 군법무관 출신 혹은 법무참모가 전역 후 변호사업무를 담당하는 경우에서 나타날 수 있는 전관예우의 문제⁵⁰⁹⁾일 것이다. 이것은 일반 형사사법기관에서의 지휘·감독관계에 비교할 수 없을 정도의 엄격한 상명하복의 지휘명령관계가 존재하는 군의 경우에는 더욱 심각한 문제로 대두될 수 있다. 물론 앞서 보았듯이 군판사와 군검사의 보직순환을 금지하고 있기는 하지만 군법무관이라는 특수신분관계에 있었다는 이유만으로 상호연대감은 강하게 작용할 우려가 있다.

이러한 의미에서도 군판사 및 군검사의 행동·윤리강령을 변호사윤리강령에 준하여 정비할 필요가 있으며 특히 군판사와 관련해서는 「법관 등의 사무분담 및 사건배당에 관한 예규」 제10조3(제척사유 등으로 인한 배당의 특례)에 준하는 이해충돌방지대책이 마련될 필요가 있다.

4. 군사법경찰의 독립성

2021년 「군사법원법」 개정과 관련하여 가장 논란이 되는 것들 중의 하나가 바로 부대의 지휘계통으로부터 군사법경찰관의 독립성·중립성을 확보하지 못한 점이라고 말할 수 있다.

(1) 첫째 물론 「군사경찰범죄수사규칙」 제5조 제2항은 “군사법경찰관은 수사를 할

509) 이 문제에 대한 지적으로는 최병호, 앞의 논문, 99면 이하; 이현정, 앞의 논문, 156면.

때에는 군사경찰부대의장·수사부대의장·수사지휘자의 정당한 지시명령을 성실히 수행하고 군사법경찰관 간에 상호 협력하여야 한다”고 규정하고 있어서 정당하지 않은 지시명령에 대한 복종의무가 없는 것처럼 보이지만 구체적인 이의제기절차를 마련하고 있지 않을 뿐만 아니라 수사지휘자의 지시명령의 정당성여부를 판단할 상위기관에 관한 규정도 없다.

이에 대하여 일반사법경찰관의 경우 「국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률」 제6조에서 사법경찰관의 직무수행에 관하여 정하면서 제1항에서 “경찰공무원은 상관의 지휘·감독을 받아 직무를 수행하고, 그 직무수행에 관하여 서로 협력하여야 한다”고 규정하는 동시에 제2항에 “경찰공무원은 구체적 사건수사와 관련된 제1항의 지휘·감독의 적법성 또는 정당성에 대하여 이견이 있을 때에는 이의를 제기할 수 있다”고 규정하여 사법경찰관의 상급자의 위법·부당한 지휘·감독에 대하여 규정하고 「(경찰청) 범죄수사규칙」 제30조에서는 “경찰관서 내 이의제기”에 관하여 그리고 제31조에서는 “상급경찰관서장에 대한 이의제기”에 관한 상세한 절차에 관하여 정하고 있으며 제32조에서는 “긴급한 경우의 지휘” 그리고 제33조에서는 “이의제기에 대한 지휘와 수명”에 관하여 정하고 있다. 또한 이의제기절차의 투명성을 위하여 제34조에서 이의제기사건 목록을 분기별로 상급 경찰관서장에게 제출하도록 하고 있을 뿐만 아니라 제35조에서는 이의제기를 했다는 이유로 불이익한 처우를 해서는 안된다고 규정한다.

(2) 둘째 군사법경찰과 관련하여 「군사경찰의 직무수행에 관한 법률」 제5조는 국방부에 조사본부를, 각 군에는 군사법경찰실 또는 군사법경찰단을 그리고 지정된 부대에는 군사경찰부대를 설치하도록 하고 부대 지휘관이 소속 경찰부대를 지휘·감독하도록 정하고 있을 뿐(「군사경찰의 직무수행에 관한 법률」 제5조 제2항부터 제6항) 개별 사건에서의 구체적 지휘·감독에 관해서는 정한 바가 없으며 제14조에서 “군사경찰부대의 장”에 관하여 정하면서 “국방부직할부대, 각 군 참모총장 직속의 직할부대 또는 기관으로 구성된 군사경찰부대·수사부서(대)의 장은 합리적이고 공정한 수사를 위하여 범죄수사에 대해 전반적인 지휘·감독”을 한다고만 정하고 있어서 구체적인 사건에 관해서도 지휘계통에 따른 상하복종관계에 따라 국방부장관 또는 각 군 참모총장은 개별 사건에서 구체적인 지휘·감독을 할 수 있다고 해석되며 국군통수권자인 대통령

이 군령권까지 가지고 있다는 점을 감안한다면 군수사에서의 지휘계통에 대한 종속성은 매우 강하다고 볼 수 있다.

이와 관련하여 스위스 「군형사소송법」 제4a조 제2항이 “수사는 피고인 또는 피의자의 상급자의 관여없이 수행된다”고 규정하고 있는 것은 시사하는 바가 크다.

(3) 셋째 「군사법원법」은 구체적 사건에서의 국방부장관과 각 군 육군참모총장의 군검사에 대한 구체적 지휘·감독의 제한, 즉 제38조(국방부장관의 군검찰사무 지휘·감독), 제39조(각 군 참모총장의 검찰사무 지휘·감독) 및 제40조(군검찰사무에 대한 지휘·감독)에 상응하는 규정을 군사법경찰관과 관련해서는 두고 있지 않다.

이에 대하여 「국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률」(이하 “경찰법”이라 한다) 제16조 제2항은 “국가수사본부장은 「형사소송법」에 따른 경찰의 수사에 관하여 각 시·도경찰청장과 경찰서장 및 수사부서 소속 공무원을 지휘·감독한다”고 규정하고 있으며 제14조 제6항 본문은 경찰청장은 경찰의 수사에 관한 사무의 경우에는 개별 사건의 수사에 대하여 구체적으로 지휘·감독할 수 없도록 정하고 있으며 “다만, 국민의 생명·신체·재산 또는 공공의 안전 등에 중대한 위험을 초래하는 긴급하고 중요한 사건의 수사에 있어서 경찰의 자원을 대규모로 동원하는 등 통합적으로 현장 대응할 필요가 있다고 판단할 만한 상당한 이유가 있는 때”에 한하여 국가수사본부장을 통하여 개별 사건의 수사에 대하여 구체적으로 지휘·감독할 수 있고(동항 단서) 구체적인 지휘·감독을 시작한 때에 국가경찰위원회에 보고하도록 정하고 있다(제7항). 또한 이 때 국가수사본부장이 구체적 지휘·감독의 사유가 해소되었다고 판단하여 개별 사건의 수사에 대한 구체적 지휘·감독의 중단을 건의하는 경우에는 특별한 이유가 없으면 경찰청장은 이를 승인하여야 한다. 이것은 시·도경찰청장의 수사에서의 구체적 지휘·감독권에도 그대로 적용된다(제28조 제3항 및 제4항).

군검사와 관련하여 이미 언급했듯이 군사법경찰관은 개별적인 처분행위들, 예컨대 내사(입건 전 조사)의 개시와 종결, 수사의 개시와 종결, 강제처분, 군검사에의 송치, 민간수사기관에의 이첩을 포함한 이송 등에 대한 결재권에 의하여 결재·승인권자에게 종속될 위험이 있다. 현재 군검찰단과 마찬가지로 군사법경찰의 위임전결규정이 공개되어 있지 않아 정확한 것은 알 수 없으나 만약 주요 사건에서의 군사법경찰관의 처분행위에 대한 최상위 결재·승인권자를 국방부장관이나 각 군 참모총장까지로 정

하는 경우 군수사의 독립성·중립성을 기대하기는 그런 만큼 어려워 질 수 있다.

그런데 군수사에서 개별 사건에서의 구체적 지휘·감독권에 내재하는 이러한 구조적인 문제점, 즉 부대의 지휘계통에 대한 군사법경찰의 종속성의 문제를 가장 극명하게 보여준 것이 바로 2023년에 발생한 해병대 수사단장의 항명사건⁵¹⁰⁾일 것이다.⁵¹¹⁾

(4) 넷째 「군사법원법」 제228조 제2항은 종래 군사법경찰관으로 하여금 수사를 시작하여 입건하였거나 입건된 사건을 이첩받은 경우 정당한 사유의 유무에 상관없이 반드시 관할 군검찰부에 통보하도록 했던 것을 2021년 「군사법원법」 개정으로 “정당한 사유가 없으면 48시간 이내에” 군검찰단에 통보하도록 바꾸었는데 이것은 일견 신속한 사건처리를 강제하는 것이면서 일반 형사소송절차에서와 같이 수사와 기소의 분리로 나아가는 긍정적인 것으로 보이기도 하지만 다른 한편으로 자칫 군사법경찰관의 독립성을 훼손하는 결과를 가져올 수도 있다.⁵¹²⁾ 즉 군사법경찰관은 동 규정에 의하여 정당한 사유가 있으면 군검사에게 통보하지 않을 수 있는 가능성이 생기게 되는데 부대의 지휘계통에 영향을 받은 경우에 견제할 수단이 마땅하지 않다는 문제가 있어서 반드시 긍정적으로만 평가될 수 있는 문제는 아니다.

이상에서 보았듯이 2021년 군사법원법 개정으로 평시 관할관제도가 폐지되었다고는 하지만 군수사에서는 여전히 실질적인 관할관제도, 즉 지휘관 사법이 존재한다고 볼 수 있으며 현재 상황에서는 지휘계통으로부터 군수사의 독립성과 중립성을 어떻게 확보할 것인가가 군수사에 대한 국민의 신뢰를 가늠하는 척도가 될 것으로 판단된다.

510) 『중앙일보』 2023년 8월 17일 보도 “사단장·하급간부, 누구 빼려했나…軍 뒤집은 해병수사 항명 파동”(https://www.joongang.co.kr/article/25185266#home; 최종접속일: 2023년 11월 7일); 『한겨레』 2023년 8월 9일 보도 “항명 수괴 입건 해병대 수사단장 “대통령 지시대로 수사””(https://www.hani.co.kr/arti/politics/defense/1103595.html; 최종접속일: 2023년 11월 7일); YTN 2023년 8월 9일 보도 “항명” vs “명령 무효”…국방부·해병대 수사단 충돌 ‘점입가경’”(https://www.ytn.co.kr/_ln/0101_202308090035187386; 최종접속일: 2023년 11월 7일).

511) 『동아일보』 2023년 9월 4일 보도 “수사 외압” 주장한 장교를 항명으로 구속하려는 자체가 무리”(https://www.donga.com/news/Opinion/article/all/20230903/120999211/1; 최종접속일: 2023년 11월 7일); MBC 2023년 8월 27일 보도 “채 상병 수사, 누가 뒤집었나? - 외압과 항명”(https://imnews.imbc.com/replay/straight/6518561_28993.html; 최종접속일: 2023년 11월 7일).

512) 정지훈, 앞의 논문, 188면 이하.

제7절 | 관할관제도 및 심판관제도의 전시 보통군사법원에서의 존치

2021년 「군사법원법」 개정은 종래 상설 고등군사법원과 보통군사법원에 관할관과 심판관을 두도록 했던 것을 평시 군사법원에서는 이를 폐지하고 전시·사변 시에 설치되는 고등군사법원과 보통군사법원에 두도록 하였다.

그런데 여기에서 제기되는 의문은 평시 보통군사법원이나 고등군사법원의 관할관 및 심판관제도에 제기되었던 비판들이 전시에 일거에 해소된 것으로 볼 수 있는가라는 문제이다. 특히 군사재판의 독립성·중립성·투명성 그리고 공정성과 관련한 문제인 만큼 그러한 의문은 합리적인 근거가 없는 것도 아닐 것이다. 더욱이 2021년 「군사법원법」 개정에서 평시 군사법원에서 관할관 및 심판관제도를 폐지한 궁극적인 이유가 “수사의 공정성 및 군검찰의 독립성을 확보”하기 위함이었는데 평시 관할관 및 심판관제도에 제기되었던 수사의 공정성 및 군검찰의 독립성 훼손의 우려가 전시에 일거에 해소된 것으로 볼 수 있는가라는 근본적인 의문이 제기된다.

이하에서는 이러한 문제의식을 바탕으로 전시 관할관제도와 심판관제도의 문제점에 대하여 살펴보도록 한다.

1. 전시 관할관제도

관할관이란 일반적으로 군사법원이 설치된 부대의 장인 지휘관을 일컫는 것⁵¹³⁾으로서 이 관할관에게는 군 형사사법과 관련하여 해당 군사법원에 대한 지휘·감독권과 함께 군사법원에 설치된 군검찰과 군사법경찰에 대한 지휘·감독권을 인정하고 있다. 이러한 의미에서 관할관제도를 채택하고 있는 군사법원체계를 이른바 지휘관 사법이라고 부르기도 하며 미국의 “*Convening Commander(Authority)*”나 영국의 “*Convening Officer*”가 우리나라의 관할관에 해당한다.

그런데 과거 관할관제도에 대해서는 많은 비판⁵¹⁴⁾⁵¹⁵⁾이 제기되어 왔는데 예컨대

513) 손기화, 앞의 논문, 88면.

514) 관할관제도의 폐지에 대해서는 최강욱, 앞의 논문, 198면 이하; 195면 이하; 강태경·최영신·송윤진·임태훈, 앞의 보고서, 276면.

「(구)군사법원법」(법률 제3993호, 1994.1.5. 법률 제4704호로 개정되기 전의 것)에 정한 군사법원제도와 관할관제도의 위헌성을 다루었던 헌법소원에 대한 1996년 10월 31일 헌법재판소의 합헌결정문⁵¹⁶⁾에 기재된 청구인의 주장이 이 비판을 간명하게 표현해 주고 있다. 이를 이대로 인용하면 다음과 같다: “첫째, 군검찰관에 대한 임명·지휘·감독권을 가지고 있는 국방부장관, 각 군참모총장 및 관할관이 군판사 및 심판관의 임명권과 재판관의 지정권을 가지며(「군사법원법」 제38조, 제39조, 제40조, 제41조), 군검찰사무를 통합·관장하는 관할관이 군사법원의 행정사무도 관장하며(군사법원법 제8조), 검찰권의 주체적 지휘·감독자인 관할관이 구속영장의 발부권과 판결에 대한 확인권을 갖도록 규정하고 있는 것은(「군사법원법」 제238조, 제379조 제1항, 제535조) 권력분립주의와 사법권 독립의 원칙에 위반된다. 둘째, 재판관은 물적 독립과 인적 독립이 보장되어야 하는데도 위 심판대상조항들은 군지휘관인 관할관으로 하여금 검찰권과 사법권을 겸유하도록 규정하여 재판관의 독립을 해치는 것이다. 셋째, 위 심판대상조항들은 관할관에게 검찰권과 사법권을 집중시켜 군 사법운영의 공정성이 전적으로 지휘관의 개인적 양식에 맡겨지도록 규정하고 있어 법적안정성, 예측가능성을 해쳐 죄형법정주의와 평등의 원칙에 반한다. 넷째, 위 심판대상조항들은 이른바 지휘관 사법을 규정한 것으로서 지휘관의 권력의 집중에 의한 권력의 남용 가능성으로 인하여 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권, 신체의 자유, 정당한 재판을 받을 권리 등은 물론 최소한의 정신적 자유마저 본질적으로 침해하고 있다”.

또한 관할관의 판결에 대한 확인조치권에 대해서는 법관이 아닌 관할관이 확인조치권을 통해 형량을 감경하는 것은 헌법상 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이라는 비판이 제기되었다.⁵¹⁷⁾

그런데 위헌소송의 청구인의 주장 중 관할관에게 구속영장의 발부를 촉탁할 수 있도록 했던 「군사법원법」 제115조(구속의 촉탁)는 1994년 1월 5일 개정⁵¹⁸⁾으로 구속의 촉탁은 법원군판사 또는 지방법원판사에게만 할 수 있도록 바뀌었기 때문에 이 범위에서 청구인의 주장은 더 이상 유효하지 않게 되었다.

515) 관할관의 감경권의 폐지에 대해서는 한인섭(2009), 앞의 논문, 21면.

516) 헌법재판소 1996.10.31. 93헌바25 전원재판부.

517) 백상준, 앞의 보고서, 8면.

518) 법률 제4704호, 1994.1.5. 일부개정, 1994.7.1. 시행.

그러나 이 헌법소원 이래로 관할관제도는 몇 가지 개정으로 개선되기는 하였으나 큰 틀에서 보면 2021년 「군사법원법」 개정 이전까지 27년 동안 이어져 왔으며 2021년 「군사법원법」 개정 이후에는 전시 군사법원체계에 그대로 유지되고 있다.

즉 전시 고등군사법원의 관할관은 국방부장관이 되고(「군사법원법」 제534조의4 제2항) 보통군사법원의 관할관은 그 설치되는 부대와 지역의 사령관, 장 또는 책임지휘관이 되는데 국방부 보통군사법원의 관할관은 고등군사법원의 관할관이 겸임하도록 했으며(제3항) 이들 관할관은 해당 전시 군사법원의 행정사무를 지휘·감독한다(동법 제534조의4 제4항). 이 때 관할관에게는 전시 군사법원의 관할의 병합에 관한 지정(제534조의6), 보통군사법원의 판결의 확인 및 형의 감경권(제534조의7), 심판관의 임명권(제534조의10), 재판관의 지정권(제534조의11), 심판관이 참여하는 사건을 지정할 수 있고 해당 사건에 심판관을 재판관으로 지정하는 권한(제534조의12 및 제534조의13), 군사법원서기·서기·법정경위·통역인·기사 등의 임명권(제534조의15) 등 군사법원의 행정사무 전반 및 군사법원의 운영을 넘어 재판결과에 관여할 수 있는 권한이 부여되어 있을 뿐만 아니라 관할관은 형집행 시의 확인 및 감경·형집행면제권(제535조)까지 을 가지고 있어서 형집행에도 관여한다.

그런데 이처럼 논란이 많은 관할관제도가 유지될 수 있었던 것은 그런 만큼 그 필요성이 있다고 판단되었기 때문인데 이것은 앞서 언급했던 1996년 10월 31일 헌법재판소의 합헌결정에 간명하게 표현되어 있다. 즉 “…… 군 지휘권을 확립하고 군사범죄를 정확히 심리, 판단할 수 있도록 하기 위하여 군사법원에 군지휘관을 관할관으로 두고 관할관이 군판사 및 재판관의 인사권을 갖게 하고, 군의 사정을 잘 알고 군사문제에 관하여 경험과 학식이 풍부한 일반장교를 재판에 참여시킬 필요”⁵¹⁹⁾가 있다는 것이다.⁵²⁰⁾ 또한 헌법재판소는 관할관의 확인조치권을 규정한 규정과 관련하여 “가령 청구인 주장과 같이 헌법에 위반된다고 하더라도 그로 인하여 이 사건 법률조항들까지 당연히 헌법에 위반되는 것으로 볼 수는 없다”고 밝히고 있다.⁵²¹⁾

그런데 문제는 이러한 필요성에도 불구하고 2021년 「군사법원법」 개정은 “군 사법

519) 헌법재판소 1996.10.31. 93헌바25 전원재판부.

520) 관할관제도의 필요성을 긍정하는 견해로는 박찬걸, 앞의 논문, 157면 이하.

521) 헌법재판소 1996.10.31. 93헌바25 전원재판부.

(司法)제도 개혁을 통한 사법의 독립성을 실질적으로 보장”하고 “수사의 공정성 및 군검찰의 독립성을 확보”하기 위하여 평시 관할관제도를 폐지했는데⁵²²⁾ 그렇다면 전시에는 사법의 독립성과 수사의 공정성 및 군검찰의 독립성이 이미 보장된 상태라는 의미인지 아니면 전시에는 이러한 보장은 관할관제도의 필요성에 후퇴한다거나 혹은 보장되지 않아도 된다는 것인지 명확하지 않다는 데에 있다.

그러나 앞서 평시 상설군사법원의 폐지와 관련하여 독립적이고 중립적인 그리고 투명하고 공정한 재판이 보장되지 않는 한 군사법원의 필요성에 의하여 설치되는 평시 상설군사법원은 그 정당성을 획득할 수 없다는 비판은 여기에도 그대로 적용되어야 한다. 즉 전시 관할관제도의 필요성에도 불구하고 관할관제도가 사법의 독립성과 수사의 공정성 및 군검찰의 독립성을 훼손하는 제도라면 이미 그 자체로서 관할관제도의 정당성은 상실된다고 보아야 한다. 또한 관할관의 확인조치권의 합헌성에 관한 앞서 인용한 헌법재판소의 논거와 관련해서도 법률을 일탈하지 않은 관할관의 확인조치권의 행사가 위헌적인 것이기는 하지만 관할관의 확인조치권을 그렇게, 즉 위헌적으로 행사하도록 정한 근거규정은 헌법에 위반되지 않는다는 것은 논리적으로 납득하기가 쉽지 않다. 물론 청구인의 주장 중에는 관할관제도가 남용가능성이 있다는 주장도 포함되어 있기는 하지만 주된 주장은 관할관제도 자체의 위헌성에 대한 것이기 때문이다.⁵²³⁾

따라서 이하에서는 현행법상 전시 관할관제도의 구조적인 문제점들에 관하여 살펴

522) 2021년 08월 25일 「군사법원법 일부개정법률안(대안)」(의안번호: 2112215). “군 사법(司法)제도 개혁을 통한 사법의 독립성을 실질적으로 보장”은 평시 보통군사법원의 폐지에 대한 논거였으나 관할관제도는 사법의 독립성과 직접적으로 연관이 있다.

523) 헌법재판소 1996.10.31. 93헌바25 전원재판부에 기재된 청구인의 주장은 다음과 같다. “첫째, 군검찰관에 대한 임명, 지휘, 감독권을 가지고 있는 국방부장관, 각 군참모총장 및 관할관이 군판사 및 심판관의 임명권과 재판관의 지정권을 가지며(군사법원법 제38조, 제39조, 제40조, 제41조), 군검찰사무를 통합, 관장하는 관할관이 군사법원의 행정사무도 관장하며(군사법원법 제8조), 검찰권의 주체적 지휘, 감독자인 관할관이 구속영장의 발부권과 판결에 대한 확인권을 갖도록 규정하고 있는 것은(군사법원법 제238조, 제379조 제1항, 제535조) 권력분립주의와 사법권 독립의 원칙에 위반된다. 둘째, 재판관은 물적 독립과 인적 독립이 보장되어야 하는 데도 위 심판대상조항들은 군지휘관인 관할관으로 하여금 검찰권과 사법권을 겸유하도록 규정하여 재판관의 독립을 해치는 것이다. 셋째, 위 심판대상조항들은 관할관에게 검찰권과 사법권을 집중시켜 군 사법운영의 공정성이 전적으로 지휘관의 개인적 양식에 맡겨지도록 규정하고 있어 법적안정성, 예측가능성을 해쳐 죄형법정주의와 평등의 원칙에 반한다. 넷째, 위 심판대상조항들은 이른바 지휘관 사법(指揮官 司法)을 규정한 것으로서 지휘관의 권력의 집중에 의한 권력의 남용 가능성으로 인하여 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권, 신체의 자유, 정당한 재판을 받을 권리 등은 물론 최소한의 정신적 자유마저 본질적으로 침해하고 있다”.

보도록 한다.

(1) 첫째 관할관제도는 군사재판의 독립성·중립성·투명성·공정성을 훼손할 위험이 있으며 이것은 전시 군사법원이라고 하여 다르지 않다.

즉 국방부장관은 ① 군검찰사무를 총괄하는 한편 구체적인 사건에서 각 군 참모총장을 지휘·감독하면서 다른 한편으로 전시 군사법원의 행정사무를 총괄하는 한편 ② 국방부 보통군사법원과 고등군사법원의 관할관으로서 심판관을 임명하고 재판관을 임명·지정하는 한편 재판에 대한 확인조치권을 행사하는 동시에 ③ 형의 집행의 확인조치권을 행사한다. ④ 그런데 피해자 국선변호인은 군검사가 선정하도록 하고 있다. 그렇다면 국방부장관은 군형사소송절차에서 군사법원, 기소권자, 그리고 피해자를 모두 대변하게 되는데 이것은 형사소송에서의 당사자주의에 대한 중대한 침해가 될 뿐만 아니라 피고인과 피해자의 공정한 재판을 받을 권리를 침해할 위험이 있다. 물론 피해자는 소송주체가 아니지만 피고인에게 책임에 상응하는 형벌이 부과될 수 있는 공정한 재판에 대한 이해관계를 가진다.

이것은 국방부장관이 아닌 보통군사법원이 설치되는 부대와 지역의 사령관, 장 또는 책임지휘관인 때에도 크게 다르지 않다. 오히려 수사와 관련하여 군사법경찰대가 설치된 부대의 장이 구체적인 사건에서 군사법경찰관을 지휘·감독하기 때문에 수사의 독립성과 중립성 그리고 공정성이 훼손될 위험이 있다.

이렇게 본다면 관할관제도의 문제점은 제도상의 문제가 아니라 운영상의 문제에 불과하고 관할관제도의 오·남용을 방지하면 해소되는 문제⁵²⁴⁾로 치부할 수 있는 것은 아니며 관할관제도 자체에 내재하는 구조적인 문제에 기인하는 것이다.

둘째 전시 관할관의 확인조치권을 견제할 수 있는 수단이 전혀 없다.

즉 「군사법원법」 제534조의7은 감경할 때에 이유를 붙일 것을 요구하지도 않으며 단순히 「형법」 제51조에 정한 “양형의 조건”을 고려하면 될 뿐 제55조에 정한 “법률상의 감경”의 제한을 받지도 않는다. 또한 (구)제379조 제1항은 평시 관할관의 감형권은 감경대상 범죄를 “피고인이 작전, 교육 및 훈련 등 업무를 성실하고 적극적으로 수행하는 과정에서 발생한 범죄에 한정”하고 있었던 것과 달리 전시에는 그러한 제한이

524) 최병호, “군사법원과 장병인권 보장”, 『국방정책연구』, 제21권 제4호(2006), 한국국방연구원, 90면.

없으며 감경의 정도도 평시에는 3분의 1까지였던 것이 전시에는 감경의 제한이 없다. 그리고 평시에는 상소심 판결에 대한 관할관의 확인조치권이 없는데 전시에는 이를 인정한다(제535조 제2항). 이것은 2021년 군사법원법 개정 전 (구)제535조에 규정되어 있던 전시특례를 그대로 옮겨놓은 것이다.

그런데 문제는 평시 군사법원체계 하에서도 여러 개정에 의하여 제한된 관할관의 형의 감경권에 대해서는 견제수단이 없다는 비판이 제기되어 왔었는데 그러한 제한조차 없는 전시 관할관에게는 왜 그러한 형의 감경권을 인정하여야 하는지가 명확하지 않다. 더욱이 이러한 형의 감경권은 법문언상 형량감경에 제한되어 있지도 않아 형종 감경까지 허용되는 문제가 있다. 또한 「군사법원법」 제73조의 2는 군사재판에서도 대법원 양형기준을 존중할 것을 정하고 있으나 이것은 재판관인 군판사와 심판관에게 적용될 뿐 관할관에게 적용되는 것도 아니다. 이처럼 관할관의 형의 감경권을 견제할 수단이 없는 한 예컨대 과거 보통군사법원에서 상관살해미수 등의 혐의로 무기징역을 선고받았으나 보통군사법원의 관할관이 이를 1년의 유기징역으로 감경했다고 하여 이것이 위법하다거나 혹은 관할관의 재량권을 일탈한 것이라고 말할 수 없게 된다.⁵²⁵⁾

셋째 「군사법원법」 제534조의7 제1항은 “형법」 제51조 각 호의 사항을 참작하여 형이 과중하다고 인정할 만한 사유”가 있는지의 여부를, 엄격한 자격요건, 즉 범조인으로서 10년 이상 군법무관으로 근무한 경력을 가지고 있어야 할 뿐만 아니라(「군사법원법」 제24조) 군판사인사위원회의 심의(동법 제22조의2)를 거쳐야만 임명될 수 있는 군판사가 아닌 형사소송절차 “밖의” 제3자인 관할관으로 하여금 판단하도록 하고 일방적으로 군판사의 양형을 뒤집을 수 있도록 한 것은 군사법원의 독립성을 훼손할 수 있다. 즉 관할관이 전시 군사법원의 군판사에 대한 임명·지정권, 재판관의 지정권 그리고 심판관의 임명·지정권을 통하여 사전적으로 재판에 영향을 미치고 감경권을 통하여 사후에 영향을 미칠 수 있도록 한 것은 관할관제도의 필요성을 고려하더라도 군 사법권의 독립을 훼손하는 것임은 분명하다.⁵²⁶⁾

525) 대법원 1974.9.24. 선고 74도1955 판결: “군법회의법 제369조 제1항에 의하면 판결은 관할관이 확인하여야 하며 형법 51조의 사항을 참작하여 그 형이 부당하다고 인정할만한 사유가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 형의 집행을 면할 수 있다 라고만 규정하므로써 형법 55조의 법률상의 감경에 따라 감경하여야 한다는 제한규정을 두지 아니하고 있으니 관할관은 형법 55조에 따르지 않아도 무방하다”.

526) 한인섭(2009), 앞의 논문, 18면.

넷째 특별히 요구되는 예컨대 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」의 대상범죄인 경우 전시 또는 국가비상사태에서 범해질 가능성이 높다는 점 그러나 현행 군사법원법 제2조 제2항이 법원이 재판권을 가지는 대상범죄로 지정하고 있지 않고 있다는 점을 감안할 때 군인 등이 전쟁범죄나 인도에 반하는 죄 등을 범했을 때 앞서 언급한 바와 같이 군의 특수성, 군사문화 그리고 군지휘권 확립을 위하여 재판의 독립성·중립성·투명성·공정성이 충분히 담보되지 않은 군사법원에서 이들 범죄들을 재판하는 것이 과연 타당한 것인가에 대해서는 의문이 제기된다.

이상과 같이 전시 관할관제도도 군사재판의 독립성·중립성·투명성·공정성을 훼손할 위험이 크기 때문에 이를 폐지하는 것이 타당하다.

2. 전시 심판관제도

심판관제도도 “군사재판의 특수성상 지나치게 법률논리에 치우쳐 군의 특수성과 부대환경, 임무 등을 고려하지 못할 우려가 있기 때문에 비법률가인 심판관으로 하여금 일반 장교의 정의관을 재판에 관여시킴으로써 군의 실정이나 군사작전체제에 부합하는 군사재판의 합리적 운용을 도모”⁵²⁷⁾하고자 하는데 그 취지가 있다고 말해진다. 그리고 심판관이 재판장의 임무를 수행하면서 발행한 부작용일 뿐 심판관제도 자체의 문제가 아니라는 견해⁵²⁸⁾도 있는 것이 사실이다.

이에 대해서는 법조인이 아닌 일반 장교가 형사재판에 참여하여 사실인정을 비롯하여 법률해석 그리고 양형에 이르는 재판의 모든 과정에 직접 관여하는 것이 권력분립의 원칙 그리고 헌법과 법률에 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는 것은 아닌가라는 비판이 제기되어 온 것도 사실이다.⁵²⁹⁾

여기에서 제기되는 문제는 심판관제도 자체에 내재하는 구조적인 문제점으로 인하여 심판관이 참여하는 재판은 그 독립성·중립성·투명성·공정성을 담보하는데 한계가

527) 박찬길, “군사재판에 있어서 관할관제도 및 심판관제도의 문제점과 개선방안”, 『형사정책연구』, 제92권(2012), 한국형사법무정책연구원, 172면에서 재인용.

528) 최병호, 앞의 논문, 92면.

529) 한인섭(2009), 앞의 논문, 18면 이하; 백상준, 앞의 보고서, 9면; 최강욱, 앞의 논문, 201면 이하; 김연호·김일환, 앞의 논문, 89면 이하; 강태경·최영신·송윤진·임태훈, 앞의 보고서, 234면 이하.

있는 것은 아닌가라는 것이다.

첫째 앞서 관할관제도에 대하여 제기했던 바와 같이 평시 심판관제도를 폐지하도록 만든 사법의 독립성의 실질적 보장과 수사의 공정성 및 군검찰의 독립성의 확보가 전시에는 적용되지 않는 이유가 명확하지 않다.

둘째 물론 재판의 주재자와 관련하여 「헌법」 제110조 제3항은 “군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격은 법률로 정한다”라고 정하고 있으나 이러한 법률유보는 “조직·권한 및 재판관의 자격”과 관련한 형식적인 것에 미칠 뿐 법원으로서의 조직·권한 및 재판관의 자격에 관한 실질적인 것은 “제5장 법원”에 정한 것에 구속되며 실질적인 요건을 법률로써 일방적으로 변경할 수 있다는 것을 의미하지는 않는다고 보는 것이 타당하다. 또한 법관에 관한 「헌법」 제101조 제3항이 “법관의 자격은 법률로 정한다”고 규정하여 “법관”이라는 용어를 사용하고 있는데 대하여 「헌법」 제110조 제3항은 “재판관”이라는 용어를 사용하고 있기 때문에 애초에 재판관은 법관과 다른 자격을 가질 수 있다는 것을 의미할 수 있다. 그러나 이것으로부터 곧바로 일반 법원의 법관과 군사법원의 재판관에 본질적인 차이를 두어야 한다는 당위성이나 필연성이 도출되지는 않는다. 즉 「헌법」에 군사법원의 근거규정이 마련된 것은 당시 이미 존재하던 「(구)국방경비법」 등의 군법회의의 설치근거를 「헌법」에 마련하여야 할 필요성에서였고(제2차 개헌, 「(구)헌법」⁵³⁰⁾ 제83조의2) 「헌법」을 통하여 새롭게 군법회의를 설치하려는 것은 아니었다는 점, 그래서 당시에는 “군법회의의 조직, 권한과 심판관의 자격은 법률로써 정한다”(「(구)헌법」 제2항)고 규정하여 당시 「(구)국방경비법」 제54조가 법관이 아닌 군인이 재판의 주재자로서 참여하는 “심판관”이라는 용례를 따른 것에 불과하다는 점, 따라서 애초에 「(구)국방경비법」 제55조와 관련하여 군인이 심판관으로 재판을 주재하는 것에 대한 정당성에 관한 논의는 찾아볼 수 없었다는 점에서도 현재에도 당시의 “헌법적 결단”에 구속되어야 하는가라는 의문이 제기된다.⁵³¹⁾ 그리

530) 헌법 제3호, 1954.11.29. 일부개정, 1954.11.29. 시행.

531) 그런데 1962년 1월 20일 제정된 「군법회의법」은 재판의 주재자를 “재판관”으로 변경하나 1962년 12월 26일 제5차 개정(헌법 제6호, 1962.12.26. 전부개정, 1963.12.17. 시행)에서는 재판의 주재자에 관한 규정을 삭제하였다. 그러다가 1980년 10월 29일 제8차 개헌(헌법 제9호, 1980.10.27. 전부개정, 1980.10.27. 시행)에서 (구)제111조 제3항에 군법회의의 “재판관”의 자격에 관하여 정하면서 재판관이라는 용어를 사용하였는데 이 용어는 현재까지 바뀌지 않고 있다.

고 설령 「헌법」 제110조 제3항에 정한 군사법원의 “재판관”은 법률에 정하기 나름이라고 하더라도 그러한 법관이 아닌 군인에 의한 재판이 군사재판의 독립성·중립성·투명성·공정성을 담보할 수 있는가에 대해서는 심판관제도와 관련하여 많은 비판이 제기되어 왔던 것이 사실이다. 그리고 「헌법」 제110조 제3항은 강행규범이 아니라는 점에서 군사법원의 재판관을 군판사로만 임명될 수 있도록 한다고 하여 이것이 위헌이 되지도 않는다. 더욱이 비상계엄 하에서는 민간인도 군사재판을 받도록 하고 있다는 점에서 민간인이 군인에 의한 군사재판을 받아야 하는 근거가 명확하지 않다.

따라서 앞서 살펴본 바와 같이 군사법원도 통일적 사법체계의 구성적 일부분으로서의 의미를 가진다면 「헌법」 제110조 제3항이 재판의 주재자를 “재판관”이라는 용어로 사용하고 있는 것을 “군판사” 또는 “법관”으로 개헌할 필요가 있다.

셋째 심판관의 임명과 재판관으로의 지정에서부터 이미 지휘계통에 종속될 수밖에 없기 때문에 재판의 독립성과 중립성을 담보하는데 구조적인 한계가 있다.

물론 「군사법원법」 제21조는 “재판관의 독립”에 관하여 정하면서 제1항에 “군사법원의 재판관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다”고 규정하고 제2항에서는 재판관은 재판에 관한 직무상의 행위로 인하여 징계나 그 밖의 어떠한 불리한 처분도 받지 아니한다”고 규정하여 재판관의 신분보장에 관하여 정하고 있는데 이것은 군사재판에 참여하는 심판관에게도 그대로 적용된다. 또한 심판관은 단독으로 전시 군사재판에서 재판하는 것이 아니라 군판사와 같이 재판한다는 점(「군사법원법」 제534조의12 제1항 및 제3항), 재판관이 다수인 때에는 군판사가 주심재판관이 된다는 점(동조 제4항) 그리고 재판관 1명이 재판하는 약식절차에서는 군판사 1명이 재판한다는 점(동조 제2항)에서 심판관이 단독으로 자의적인 판결을 내릴 위험은 그런 만큼 봉쇄되어 있는 것도 사실이다.

그러나 심판관은 관할관이 임명하는데 이때에도 원칙적으로 관할관의 “부하”가 임명되어야 하고 그렇지 않은 때에 한하여 각 군 참모총장이 임명하기 때문에(제534조의10 제2항) 심판관은 임명에서부터 지휘계통에 종속될 수밖에 없으며 그런 만큼 이러한 심판관이 재판에 참여할 경우에는 재판의 공정성을 의심받을 수밖에 없게 된다. 더욱이 군판사와 같이 군판사인사위원회에서 심사되는 것도 아니며 단지 “법에 관한 소양”이 있거나 “재판관으로서의 인격과 학식이 충분”한 영관급 이상의 장교

중에서 관할관의 부하이면 관할관이 일방적으로 임명할 수 있는 것이다.

이와 관련하여 「유럽인권협약」 제6조에 정한 공정한 재판을 받을 권리에 대한 해석 가이드⁵³²⁾에서 군사재판에서의 재판관이 자신의 임명권자 및 지정권자와 상하 지휘 계통에 있는 한 공정한 재판을 기대할 수 없으며 이것은 「유럽인권협약」 제6조에 정한 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이라고 밝히고 있는 것⁵³³⁾은 시사하는 바가 크다. 또한 유엔 인권위원회가 2006년에 제시한 “군사재판소를 통한 정의 구현에 관한 기본원칙안” Principle No. 13⁵³⁴⁾은 군사재판에서도 공정한 재판을 받을 권리가 보장되어야 한다고 말하면서 이 권리는 (재판관으로서 기능하기 위하여 필요한) 법조 교육과 자격을 가진 독립적이고 불편부당한(*impartial*) 법관에 의한 재판에 의해서만 보장될 수 있으며 이러한 독립성과 불편부당성은 지휘계통으로부터 독립되어 있을 때 담보될 수 있음을 밝히고 있다. 이것은 단순히 형식적으로 법에 정한 재판관이면 상관없다는 것이 아니라⁵³⁵⁾ 재판관의 실질적인 자격과 지위에 관한 것이다.

넷째 심판관제도의 필요성과 관련하여 “군사재판의 특수성상 지나치게 법률논리에 치우쳐 군의 특수성과 부대환경, 임무 등을 고려하지 못할 우려”라는 논거가 제시되기는 하지만 형사재판의 궁극적인 목적은 실제적 진실의 규명이라는 것은 일반 형사재판과 다르지 않다. 따라서 범죄의 성립이 범죄구성요건의 충족이 아니라 비법률적 요소인 “군사재판의 특수성상 지나치게 법률논리에 치우쳐 군의 특수성과 부대환경, 임무 등”이라는 법률외적 요소에 의하여 영향받는 것이 과연 죄형법정주의의 원칙에

532) *The European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (criminal limb)*, Updated on 31 August 2022(https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_6_criminal_eng; 최종접속일: 2023년 10월 20일).

533) *The European Court of Human Rights, ibid.*, Paragraph 138(pp. 30).

534) *Draft(2006): Decaux Principles Principle No. 13 Right to a competent, independent and impartial tribunal*: “…… The persons selected to perform the functions of judges in military courts must display integrity and competence and show proof of the necessary legal training and qualifications. Military judges should have a status guaranteeing their independence and impartiality, in particular vis-à-vis the military hierarchy ……”; Paragraph 45-48.

535) 「헌법」 제27조 제1항 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법원에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”. 그리고 「헌법」 제101조 제3항이 “법관의 자격은 법률로 정한다”고 규정하고 있는 것에 상응하여 제110조 제3항 “군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격은 법률로 정한다”라고 규정하고 있다.

상응한 재판인가에 대하여 의문이 제기된다.

또한 그러한 사정을 반영하기 위하여 반드시 심판관제도에 의하여야 하는가의 문제가 제기된다. 즉 심판관제도의 필요성과 관련하여 “비법률가인 심판관으로 하여금 일반 장교의 정의관을 재판에 관여시킴으로써 군의 실정이나 군사작전체제에 부합하는 군사재판의 합리적 운용을 도모”라는 근거가 제시되지만 왜 군사재판에 “일반장교의 정의관”이 반영되어야 군의 특수성이 반영된 것이 되는가에 대해서는 명확하지 않으며 이것은 지휘관사법의 전형적인 사고방식은 아닌지 그리고 장교의 정의감만으로 장교의 군기강은 유지될 수는 있어도 병사의 군기강을 유지하는 것이 과연 가능한가에 대해서는 의문이다. 만약 “일반장병”의 일반상식과 법감정이 재판에 반영되어야 한다면 과거 2005년에 사법제도개혁추진위원회가 추진했던 장병참여재판제도를 도입하는 것이 (국민참여재판 도입취지가 그랬던 것처럼⁵³⁶⁾ 전시뿐만 아니라 평시 군사재판에 대한 시민감시와 재판결과에 대한 민주적 정당성을 획득할 수 있는 방법일 것이다.⁵³⁷⁾

다섯째 심판관제도는 비법률가가 재판에 참여하는 독일의 참심원제도(*Schöffengericht*)에 비유될 수 있다는 견해⁵³⁸⁾도 있으나 그 입법취지와 재판참여의 정도가 상이다. 즉 ① 본래 참심원제도는 역사적으로는 밀실 규문절차가 운영되던 경찰국가와 절대주의시대의 법관의 자의적인 판결에 대한 시민통제⁵³⁹⁾의 의미를 가지고 있었고 현대사회에서도 이러한 시민통제의 의미는 여전히 유효하며 특히 형사재판에 대한 시민참여는 형사판결의 민주적 정당성을 담보한다는 의미를 가지는데 대하여 군사재판에서는 군판사에 대한 통제의 의미보다는 군의 특수성과 군사문화 또는 군의 전문지식의 일방적인 반영의 의미가 강하다(이것은 평시 군에 소속된 군판사에 의한 재판이든 전시 심판관의 재판참여의 경우이든 변함이 없다). 또한 ② 군사재판에서의 심판관제

536) 박호현, “국민참여재판 배심원들의 퍼블리시티 문제와 해결방안”, 『국제법무』, 제9권 제1호(2017), 제주대학교 법과정책연구소, 35면.

537) 한인섭(2009), 앞의 논문, 20면.

538) 박찬걸, 앞의 논문, 174면 이하.

539) 한스 릴리에·하태훈(역), “독일 형사사법에서의 시민참여”. 형사정책, 제13권 제1호(2001.6.), 한국형사정책학회, 349면; Fischer, Thomas, Einleitung § 194, in: Barthe, Christoph/Gericke, Jan(Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, 9. Auflage, C.H. Beck, 2023.

도는 미국의 군사재판제도에서 기인한 것이라는 점.⁵⁴⁰⁾ 그리고 ③ 무엇보다도 참심원은 무작위로 선발되는데 대하여 전시 심판관은 국방부장관이 임명하고 평시 군판사는 군판사인사위원회의 심의와 군사법원운영위원회의 심의 및 동의를 받아 국방부장관이 임명하지만 앞서 언급한 바와 같이 여전히 지휘계통에 종속되어 있다는 점에서 비법률가인 참심원도 판결에 대하여 표결권을 가진다는 것만으로 심판관이 참여하는 군사재판을 참심원제도에 비유하는 것은 적절하지 않다. 이것은 배심원재판과의 비교에서도 동일하게 적용된다.⁵⁴¹⁾

여섯째 민간인도 비상계엄 하에서는 군사재판을 받을 위험이 있는 한 군인이 참여한 군사재판에 의하여 재판받는 것이 과연 적절한가에 대해서는 의문이 제기되며⁵⁴²⁾ 이때에는 앞서 언급한 “군사재판의 특수성상 지나치게 법률논리에 치우쳐 군의 특수성과 부대환경, 임무 등을 고려하지 못할 우려가 있기 때문에 비법률가인 심판관으로 하여금 일반 장교의 정의관을 재판에 관여시킴으로써 군의 실정이나 군사작전체제에 부합하는 군사재판의 합리적 운용을 도모”의 목적은 민간인에 대한 군사재판에서는 실현될 수 없다.

540) 한인섭(2009), 앞의 논문, 19면 이하.

541) 한인섭(2009), 앞의 논문, 20면.

542) *The European Court of Human Rights, ibid.*, Paragraph 139, 140(p. 31)

제8절 | 소결

이상의 내용을 요약하면 다음과 같다.

■ 평시 군사법원의 유지의 문제

- 2021년 군 형사사법개혁에도 불구하고 군 형사사법체계의 독립성·중립성·투명성 그리고 공정성을 확보하는 데에는 한계가 있었다고 판단된다.
- 2021년 개정 「군사법원법」이 평시 상설군사법원을 유지한 것은 아쉬운 점이라고 말할 수 있다.
- 현행 평시 상설군사법원은 재판의 독립성·중립성·투명성 그리고 공정성을 담보하지 못하는 한 폐지하는 것이 타당하며 군사법원의 필요성, 예컨대 군기강의 유지, 군지휘권의 확보, 전력보존, 신속한 재판 등은 공정한 재판이 전제되었을 때 비로소 의미를 가질 수 있으며 그러한 한에서 민주적 정당성을 획득할 수 있다.
- 또한 군의 특수성, 군사문화, 군의 전문지식 등의 반영은 형사소송법상 전문심리위원제도를 활용하는 방안을 모색할 필요가 있다.

■ 민간인에 대한 군사재판

- 민간인에 대한 군사재판은 원칙적으로 허용되지 않으며, 국가비상사태라고 하더라도 극히 예외적인 경우에 한하여 국가의 사법기능이 완전히 정지된 상태에서만 허용하도록 하여야 한다.

1. 평시 군사법원의 민간인에 대한 재판권

- 사법기능이 정지되지 않은 평시에 민간인에 대한 군사재판은 군사법원의 구조적인 문제점, 즉 공정성·독립성 등을 담보하기 어렵다는 점에서 원칙적으로 금지할 필요가 있다.

- 따라서 「헌법」 제27조 제2항이 “군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다”고 규정한 것 중 “중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우”를 삭제하여 평시 군사재판의 근거로 활용되는 것을 방지할 필요가 있다.

2. 비상사태 하에서의 민간인에 대한 군사재판

- 비상계엄 하에서의 민간인에 대한 군사재판은 사법기능이 완전히 정지되지 않는 한 허용해서는 안 된다. 과거 비상계엄의 남용으로 인한 고통을 보더라도 비상계엄이나 국가비상사태는 기본적 인권에 매우 취약한 상황일 수밖에 없으며 이러한 상황일수록 기본적 인권의 본질적 내용인 공정한 재판을 받을 권리에 대한 보장이 더욱 요구되기 때문이다.
- 그러한 의미에서 「헌법」 제110조 제4항이 “비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있는 것 중 “비상계엄하의 군사재판은”을 “전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 시 적과 교전 상태에 있거나 사회질서가 극도로 교란되어 행정 및 사법(司法) 기능의 수행이 정지된 경우의 군사재판은”으로 개헌할 필요가 있다.

■ 비상계엄 하에서의 단심제 군사재판의 문제점

- 비상계엄 하에서의 단심제 군사재판은 공정한 재판을 받을 권리의 내용 중 상급법원에 상소할 권리를 침해하는 것으로서 국제인권규범에 위반될 뿐만 아니라 단심 군사재판을 채택하고 있는 입법례는 찾아볼 수 없다는 점에서 「헌법」 제110조 제4항 단서는 삭제하는 것이 타당하다. 그리고 동 단서는 이미 위헌결정을 받은 것을 헌법에 다시 규정한 것인 이상 삭제하는 것이 타당하다.

■ 군사법원이 재판권을 가지는 대상범죄와 법원이 재판권을 가지는 대상범죄의 문제점

- 군사법원의 존치의 필요성이 굳기강 유지나 군지휘권 확립에 있다면 군사법원이 재판권을 가지는 범죄도 이 필요성을 충족시킬 수 있는 순수 군사범죄로 제한할 필요가 있다.
 - ① 고소·고발 등 수사단서를 제공한 때에 해당 고소·고발인 등에게 압력을 가할 목적으로 협박·강요하거나 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의9에 열거된 범죄를 저지르거나 혹은 직권남용이나 직무유기 등을 통하여 불이익처분을 하는 것을 원천적으로 방지하고 고소·고발자 등을 출판물 등에 의한 명예훼손, 모욕, 권리행사방해죄 등의 고발로부터 보호할 필요가 있다.⁵⁴³⁾
 - ② 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」에 규정된 전쟁범죄와 인도에 반하는 죄의 경우 공정성과 독립성이 관건이 되기 때문에 법원이 재판권을 가지는 범죄로 정할 필요가 있다.
 - 이와 관련하여 「군형법」 각칙 제13장에 정한 약탈의 죄와 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법」 제2조에 정한 헌정질서 파괴범죄의 경우에도 독립적이고 공정한 재판을 위하여 법원이 재판권을 가지도록 하여야 한다.
 - ④ 「군사법원법」 제2조 제2항 각호에는 「군형법」 “제15장 강간과 추행의 죄”가 제외되어 있는데 만약 형법 및 특별법상 성폭력범죄가 아닌 군형법상 간강죄 등으로 기소한 경우 일반법원의 재판권이 적용되는지 아니면 군사법원의 재판권이 적용되는지가 명확하지 않으며 「군형법」 “제15장 강간과 추행의 죄”도 법원이 재판권을 가지는 범죄목록에 포함시켜야 한다.
 - ⑤ 그 밖에 세계주의가 적용되는 범죄인 인신매매나 중범죄인 아동학대범죄⁵⁴⁴⁾ 등도 법원이 재판권을 가지는 범죄목록에 포함시킬 필요가 있다.

543) 2022년 11월 08일 「군사법원법 일부개정법률안(송옥주의원 등 10인)」(의안번호: 2118173); 2022년 12월 09일 「군사법원법 일부개정법률안(이탄희의원 등 14인)」(의안번호: 2118836).

544) 2023년 02월 24일 「군사법원법 일부개정법률안(서영교의원 등 10인)」(의안번호: 2120290)이 군인 등에 의한 아동학대범죄를 법원이 재판권을 가지는 범죄로 추가하려는 것은 적절한 것이라고 판단된다.

■ 법원이 재판권을 가지는 범죄에서의 수사의 단서에 대한 조사(내사)권한과 수사개시권의 문제

- 법원이 재판권을 가지는 범죄의 경우 군수사기관이 수사의 단서를 얻는 즉시 사건을 민간 수사기관에 이첩하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 이러한 의미에서 2023년 09월 26일 김종민의원 등이 발의한 “군사법원법 일부개정법률안”이 그 원인이 범죄인지의 여부와 상관없이 사망사건인 경우와 해당 사건이 법원에 기소된 경우에는 일반법원이 재판권을 행사하도록 한 것(개정안 제2조 제4항 제1호)⁵⁴⁵⁾은 매우 긍정적인 것이기는 하지만 변사체의 검시를 군검사나 군사법경찰관에게 계속 담당하도록 하는 것은 적절하지 않다고 판단된다.

■ 군판사, 군검사 그리고 군사법경찰관의 독립성 및 중립성

1. 군판사의 독립성의 문제

- 군판사의 임명은 군판사인사위원회의 심의를 거치도록 하고 있으나 구속력이 없다는 점, ② 군판사의 임명 및 연임 동의에 관한 사항에 대한 심의 및 의결권을 가지는 군사법원운영위원회(제4조의2 제1항)는 국방부와 각 군 참모총장 그리고 군사법원장에 의하여 구성된다는 점, ③ 군사법원운영위원회의 운영위원의 제척·기피와 관련하여 운영위원이 해당 사건에 관하여 당사자의 직접적인 지휘 계통에 있는 자라고 하더라도 제척·기피사유⁵⁴⁶⁾에 해당되지 않아 군판사의 임명과 연임에 지휘계통이 영향을 미칠 수 있다는 점, ④ 군판사의 신분보장과 관련하여 임기제와 정년제를 도입하기는 했지만 「헌법」 제106조 제1항과 같이 “법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직·감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한 [것]”이 아니라는 점, ⑤ 군판사는 지휘계통에 있는 상급자의 근무평정에

545) 2023년 09월 26일 「군사법원법 일부개정법률안(김종민의원 등 10인)」(의안번호: 2124732). 또한 동 법률안에는 변사자의 검시와 관련해서도 종래 「법원이 재판권을 가지는 군인 등의 범죄에 대한 수사절차 등에 관한 규정」 제9조에 규정된 검사와 사법경찰관의 변사자의 검시 참여 등에 관한 규정들을 「군사법원법」에 규정하는 내용도 포함하고 있다(개정안 제264조).

546) 「군사법원의 조직 및 운영에 관한 규정」 제6조 제1항.

종속될 수밖에 없다는 점, 그리고 ⑥ 동 규정은 전역에 관한 것이며 직위해제의 경우와 관련해서는 명문규정을 두고 있지 않다는 점 등으로 군판사의 독립성·중립성 그리고 공정성을 기대하기는 어렵다.

- 따라서 장기적으로는 본다면 군판사의 독립성·중립성 그리고 공정성을 담보하기 위해서는 군판사를 민간 법조인으로부터 임명하는 방안이 타당하다고 판단되며 단기적으로는 무엇보다도 군판사가 소송당사자의 직접적인 지휘계통에 있는 때에도 제척·기피사유가 되도록 명확히 할 필요가 있으며 지휘계통에 있는 상급자의 근무평정에 의하여 군판사의 지위가 종속되지 않도록 신분보장을 일반 법관의 것에 준하여 정할 필요가 있다.

2. 군검사의 독립성

- 군검사의 독립성
 - 2021년 「군사법원법」 개정의 문제점과 주요 외국 입법례를 살펴볼 때 군검찰을 국방부의 외청으로 독립시키는 한편 구체적인 사건과 관련해서는 국방부장관은 각 군 참모총장이든 혹은 국방부검찰단장이든 누구도 지휘·감독하지 못하도록 할 필요가 있으며 이것은 각 군 참모총장의 경우에도 마찬가지이다. 즉 구체적인 사건에 대한 군검찰단 외부의 지휘감독권은 그것이 설령 해당 사건을 담당하는 군검사에 대한 직접적인 것이 아니라고 하더라도 해당 군검사가 소속한 군검찰단장에 대한 것이라면 이미 군검찰단 외부로부터의 군검사에 대한 영향력으로 작용할 수밖에 없다. 구체적인 사건이 얼마나 독립적이고 중립적으로 그리고 투명하게 수사되고 해당 수사결과에 따라 군검사의 공소권이 행사되었는지의 여부는 군 형사사법에 대한 국민의 신뢰를 가늠하는 척도가 될 것이다. 그리고 군검사의 이의제기의 처리절차를 (여전히 문제가 많은) 일반 검사의 것에 준하여 마련할 것이 아니라 보다 합리적인 처리절차로 구상할 필요가 있다.
- 국방부장관의 기소결정권과 검사의 기소권의 독립
 - 구체적인 사건에 대하여 기소여부를 국방부장관이 직접 결정할 수 있도록 한 것 자체가 이미 군검사에 대한 직접적인 지휘·감독권을 행사할 것을 정한

것일 뿐만 아니라 국방부장관은 어떤 사건이 군사법원에 기소하여야 하는 사건인지의 여부를 결정하기 위하여 군검사로 하여금 구체적인 사건마다 지휘계통을 통하여 보고하도록 할 필요가 있게 된다는 점에서 국방부장관의 기소결정권은 군검사의 기소권의 독립을 침해할 위험이 있기 때문에 삭제하는 것이 타당하다.

- 국방부장관의 기소결정은 일방적인 것이어서 법원이 재판권을 가지는 범죄에 대한 검찰의 독점적 기소권에 대한 증대한 침해가 될 수 있다.
- 보다 심각한 문제는 자칫 군사재판이 정치화될 위험이 있다는 점이며 이러한 점에서 국방부장관의 기소결정권은 삭제하는 것이 타당하다.

3. 전관예우의 문제

- 군사재판에서의 전관예우를 방지하기 위하여 군판사 및 군검사의 행동·윤리강령을 변호사윤리강령에 준하여 정비할 필요가 있으며 특히 군판사와 관련해서는 「법관 등의 사무분담 및 사건배당에 관한 예규」 제10조3(제척사유 등으로 인한 배당의 특례)에 준하는 이해충돌방지대책이 마련될 필요가 있다.

4. 군사법경찰의 독립성

- 군사법경찰관에게는 일반사법경찰관에게 인정되는 이의제기권이 없다.
- 구체적인 사건에서 군사법경찰관은 소속 부대의 장의 지휘계통에 종속되어 있어서 군사법경찰관의 수사에서의 독립성 및 공정성이 침해될 수 있다.
- 따라서 군사법경찰관을 지휘계통으로부터 독립시키기 위하여 국방부의 외청으로서 군사법경찰단을 설치하여 군사법경찰관의 수사의 독립성과 중립성을 보장할 필요가 있다.

■ 전시 보통군사법원에서의 관할관제도 및 심판관제도의 존치의 문제점

○ 전시 관할관제도

- 군검찰사무를 총괄하고 지휘·감독권을 행사하는 전시 관할관이 군사법원의 행정사무 뿐만 아니라 군판사 및 심판관을 임명·지정하고 형의 감경권으로 재판에 관여하는 한편 형의 집행에도 관여하도록 하는 것은 권력분립의 원칙에 반할 뿐만 아니라 재판의 독립성과 공정성을 훼손할 우려가 있기 때문에 관할관제도는 폐지할 필요가 있다.

○ 전시 심판관제도

- 심판관의 임명과 재판관으로의 지정에서부터 이미 지휘계통에 종속될 수밖에 없어서 재판의 독립성과 중립성을 담보하는데 구조적인 한계가 있기 때문에 전시 심판관제도는 폐지하는 것이 타당하다.

제 6 장

공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

군 수사에서의 문제점과 개선방안

김 대 원

군 수사에서의 문제점과 개선방안

제1절 | 군 수사기관의 종류

수사는 수사기관의 활동을 의미한다. 수사기관은 수사 등 직무를 수행함에 있어서 헌법과 법률에 따라 국민의 인권을 존중하고 공정하게 하여야 하며, 실제적 진실을 발견하기 위하여 노력하여야 할 범규상 또는 조리상 의무가 있고, 특히 피의자가 소년 등 사회적 약자인 경우에는 수사과정에서 방어권 행사에 불이익이 발생하지 않도록 더욱 세심하게 배려할 직무상 의무가 있다.⁵⁴⁷⁾

여기서 수사기관이란 일반적으로 법률상 수사할 권한이 부여된 국가기관을 의미하는 것으로 설명된다. 일반 형사소송법상 인정되어 있는 수사기관으로는 검사와 사법경찰관리가 있으며, 군사법원법상 이러한 수사의 권한이 인정되어 있는 군수사기관에는 군검사와 군사법경찰관리가 있다.

구체적으로 「군사법원법」 제228조 제1항은 “군검사와 군사법경찰관은 범죄 혐의가 있다고 생각될 때에는 범인, 범죄사실 및 증거를 수사하여야 한다.” 규정하고 있고, 이를 통하여 군 수사기관으로는 군검사와 군사법경찰이 있음을 알 수 있다. 또한 「군사법원법」 제228조의2 제1항은 “군검사와 군사법경찰관은 구체적 사건의 범죄수사 및 공소유지를 위하여 상호 간에 성실히 협력하여야 한다”고 규정하여 양자의 관계에 대하여 상호협력관계로 설정하고 있음을 알 수 있다. 그러나 이러한 상호협력관계는 민간영역에서의 검사와 일반사법경찰과의 관계인 상호협력의무와는 차이점을 보이고 있다.

547) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2015다224797 판결.

이하에서는 군 수사기관으로서 군검사와 군사법경찰의 구체적 권한과 관계에 대하여 살펴보고자 한다.

1. 군검사

가. 군검사의 임명

군검사는 일반 형사소송법상의 검사에 대응하는 군 수사기관으로 각 군 참모총장이 소속 군법무관 중에서 임명하고 다만, 국방부검찰단의 군검사는 국방부장관이 소속 군법무관 중에서 임명한다(「군사법원법」 제41조 제1항).⁵⁴⁸⁾ 다만 예외적으로 국방부장관은 각 군 참모총장의 의견을 들어 각 군 소속 군법무관 중에서 국방부와 각 군의 군검사를 임명할 수 있다(「군사법원법」 제41조 제2항). 그리고 각 군 참모총장은 군법무관시보로 하여금 군검사의 직무를 대행하게 할 수 있다(「군사법원법」 제42조).⁵⁴⁹⁾

나. 군검사의 지위

군검사는 군 내부에서 해당 군검찰부가 설치되어 있는 부대장에 소속되어 군검찰사무를 담당하는 국가기관이며, 사법행정상으로는 군검찰단에 소속되어 있다.

검찰사무는 행정작용의 일종이지만 실질적으로는 사법작용과 밀접한 관련을 맺고 있다는 의미에서 준사법기관으로 불리고 있다는 점에서 그런 만큼 군 형사사법의 독립적이고 공정한 운용을 위해서는 사법권의 독립에 준하는 군검사의 지위의 독립성도 보장되고 법에 의한 권한행사가 요구되는 것이다.⁵⁵⁰⁾

이러한 의미에서 군검사에게는 일반 검사의 지위와 마찬가지로 공익의 대표자로서

548) 이에 따라 군 검사는 각각 국방부검찰단, 육군검찰단, 해군검찰단, 공군검찰단 소속으로 되어 있다.

549) 군검찰사무의 공정을 확보하기 위하여 군검사는 재판관과 같은 신분보장을 할 필요가 있으므로 「(구)군사법원법」(법률 제13722호) 제21조 제2항에서는 “재판관, 군검사 및 변호인은 재판에 관한 직무상의 행위로 인하여 징계나 그 밖의 어떠한 불리한 처분도 받지 아니한다.”고 규정하였으나, 2021년 9월 24일 개정된 현행 「군사법원법」(제18465호) 제21조 제1항에서는 ‘군검사와 변호인’부분을 삭제하여 군검사에 대한 신분보장을 폐지하였다.

550) 이해영, 『현행 군사법제도상 군검찰제도에 관한 연구 : 군의 지휘권을 중심으로』, 한양대학교 행정대학원 석사논문, 2001, 38면 이하.

의 지위, 소송당사자로서의 지위, 수사기관으로서의 지위가 인정된다.⁵⁵¹⁾

다. 군검사의 직무

군검사는 ‘범죄 수사와 공소제기 및 그 유지(항소심을 포함한다)에 필요한 행위’, ‘군사법원 및 고등법원에 대한 법령의 정당한 적용 청구’, ‘군사법원 및 고등법원 재판 집행의 지휘·감독’, ‘다른 법령에 따라 그 권한에 속하는 사항’에 대하여 직무와 권한이 있다(「군사법원법」 제37조 제1항). 또한 군검사는 그 직무를 수행할 때에는 국민 전체에 대한 봉사자로서 정치적 중립을 지켜야 하며, 부여된 권한을 남용하여서는 아니 된다(「군사법원법」 제37조 제2항).

라. 군검찰단

군검찰단은 군검사의 사무를 관장하는 기관이다. 이것은 일반 형사소송법상의 검찰청에 대응하는 것이기는 하지만 그 자체로서는 어떠한 권한도 가지지 않는다는 의미에서 관청이 아닌 관서의 일종이라고 보는 것이 타당할 것이다.⁵⁵²⁾

국방부장관과 각 군 참모총장 소속으로 검찰단을 설치하고 국방부검찰단 및 각 군 검찰단에 각각 고등검찰부와 보통검찰부를 설치하고, 보통검찰부는 군사법원에 대응하여 둔다. 다만, 필요한 경우 보통검찰부를 통합하여 둘 수 있다.

군검찰단에는 군검사이외에 검찰수사관과 검찰서기가 있는데, 검찰수사관 및 검찰서기는 각 군 참모총장이 소속 장교, 준사관, 부사관 및 군무원 중에서 임명한다. 다만, 국방부검찰단의 검찰수사관 및 검찰서기는 국방부장관이 임명한다. 검찰수사관은 군검사를 보좌하며 군검사의 지휘를 받아 범죄를 수사하고, 검찰서기는 군검사의 명령을 받아 수사에 관한 사무, 형사기록의 작성과 보존, 재판집행에 관한 사무, 그 밖의 검찰행정에 관한 사무에 종사한다.

551) 이상철·김현주·김희동·김동혁, 『군사법원론』, 제3판, 박영사, 2018, 307면.

552) 오경식·김범식·이현정, 『현행 군 사법제도의 발전방향 연구 최종보고서』, 한국형사소송법학회, 2012., 59면 이하.

2. 군사법경찰관리

군사법경찰관리는 「군사법원법」에 근거한 군 수사기관으로 군사법원의 재판권이 있는 범죄에 대하여 수사한다.

군사법경찰관은 군사경찰부대 소속 군사법경찰관, 군사안보지원부대 소속 군사법경찰관, 국가정보원 소속 군사법경찰관, 군검찰수사관이 있으며, 각 소속에 따라 수사를 할 수 있는 범위와 한계가 정해져 있다. 군사법경찰리는 군검사 또는 군사법경찰관의 명령에 따라 수사를 보조하는 수사 보조기관이다.

이와는 별개로 군사법경찰관리는 「형사소송법」 제197조에 근거한 특별사법경찰관으로서 「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」 제9조에 의하여 지방검찰청검사의 지명을 받아 일반 국민의 「군용물 등 범죄에 관한 특별조치법」에 규정된 범죄와 「군사기밀 보호법」에 규정된 범죄에 관하여 사법경찰관리의 직무를 수행하기도 한다.

군검사는 군사법원의 재판권이 있는 모든 사건에 대하여 수사할 수 있으나 군사법경찰관리는 소속에 따라 수사할 수 있는 범죄에 있어서 그 한계가 구분되어 있다. 민간영역에 있어서도 소속에 따라 경찰과 국가정보원, 수사범위에 따라 일반사법경찰과 특별사법경찰관으로 구분하듯이 군사법경찰관 또는 어느 조직 소속의 군사법경찰관이냐에 따라 이행할 수 있는 수사의 범위와 한계를 제한하여 둔 것이다.

가. 군사경찰과 소속 군사법경찰관

군사경찰과⁵⁵³⁾ 소속 군사법경찰관(이하 ‘군사경찰수사관’이라 함)이란 군사경찰과 소속의 장교, 준사관 및 부사관과 법령에 따라 범죄수사업무를 관장하는 부대에 소속된 군무원 중 국방부장관 또는 각 군 참모총장이 군사법경찰관으로 임명하는 사람이다. 군사경찰수사관은 1급, 2급, 3급 수사관으로 구분하여 참모총장이 임명한다. 장교는 참모총장의 수사관 임명을 받지 않고 수사 직위에 보직되는 명령으로 수사업무를 하며 준사관은 1급 수사관으로, 부사관과 군무원은 전문성, 능력 및 경력에 따라 1급, 2급, 3급으로 구분하여 임명된다. 군사경찰수사관은 「군사법원법」 제44조에 따라 군

553) 「군인사법」 제5조 제2항에 따른 기본병과 중 수사 및 교정업무 등을 주로 담당하는 병과.

사안보지원부대와 국가정보원 수사 범위 이외의 범죄에 대하여만 수사할 수 있다.

나. 군사안보지원부대 소속 군사법경찰관

「국군조직법」 제2조 제3항에 따라 설치된 부대 중 군사보안 업무 등을 수행하는 부대로서 국군조직 관련 법령으로 정하는 부대(이하 ‘군사안보지원부대’라 함)에 소속된 장교, 준사관 및 부사관과 군무원 중 국방부장관이 군사법경찰관으로 임명하는 사람을 군사안보지원부대 소속 군사법경찰관이라 한다. 군사안보지원부대 소속 군사법경찰관의 수사의 범위는 「형법」 제2편 제1장 및 제2장의 죄(내란의 죄, 외환의 죄), 「군형법」 제2편 제1장 및 제2장의 죄(반란죄, 이적죄), 「군형법」 제80조 및 제81조의 죄(군사기밀누설죄, 암호부정사용죄)와 「국가보안법」, 「군사기밀 보호법」, 「남북교류 협력에 관한 법률」 및 「집회 및 시위에 관한 법률」(「국가보안법」에 규정된 죄를 범한 사람이 「집회 및 시위에 관한 법률」에 규정된 죄를 범한 경우만 해당된다)로 제한된다.

다. 국가정보원 소속 군사법경찰관

국가정보원 소속 직원으로 국가정보원장이 지명하는 사람은 군사법경찰관의 신분을 갖고 「군사법원법」에 규정된 범죄에 대하여 수사할 수 있다. 수사의 범위는 「국가정보원법」(법률 제12948호) 제3조 제1항 제3호 및 제4호에 규정된 죄(「형법」 중 내란의 죄, 외환의 죄, 「군형법」 중 반란의 죄, 암호 부정사용의 죄, 「군사기밀 보호법」에 규정된 죄, 「국가보안법」에 규정된 죄에 대한 수사, 국가정보원 직원의 직무와 관련된 범죄에 대한 수사)로 제한된다.⁵⁵⁴⁾

라. 군검찰수사관

군검찰수사관은 1994년 1월 5일 「군사법원법」 개정 당시 군사법경찰관에 신설된 제도로서 「군사법원법」 제47조, 대통령령인 「군검찰사무 운영규정」 제5조, 국방부령인 「군사법원서기·군검찰수사관 및 검찰서기의 전형에 관한 규칙」에 의하여 법무병

554) 「군사법원법」 제43조 제3호는 2020년 12월 15일 개정으로 삭제되어 국가정보원 소속의 군사법경찰관은 법률상 폐지되었다. 다만, 당해 규정의 개정내용은 2024년 1월 1일부터 시행된다.

과 소속의 준·부사관 및 군무원이 일정한 전형을 거쳐 군사법경찰관의 군검찰수사관이 된다. 검찰수사관은 경력과 실적에 따라 1, 2, 3급으로 나뉘고 참모총장이 임명한다. 검찰수사관은 군사법경찰관으로서 군검사의 지휘를 받아 범죄를 수사하고 다른 군사법경찰관과 달리 수사의 범위에 한계가 없다. 군검찰수사관은 군검찰단의 직원으로 검찰서기와 함께 군검사의 직무수행을 보좌하는 역할을 한다.

3. 양자의 관계

가 일반 형사소송법상의 관계

범죄수사에 있어서 검사와 사법경찰관의 관계는 각국의 입법례에 따라 상이하다. 우리 「형사소송법」은 2020년 개정 이전에는 수사절차에서 주재자는 검사였고(「(구)형사소송법」(법률 제16850호) 제195조), 사법경찰관은 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받으며(「(구)형사소송법」(법률 제16850호) 제196조 제1항 후단), 사법경찰관리는 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 하였다(「(구)형사소송법」(법률 제16850호) 제196조 제3항). 검사의 수사지휘는 일반 경찰공무원인 사법경찰관리를 포함하여 모든 사법경찰관리에 대해 인정되었던 것이다.

그러나 검·경 수사권 조정을 입법화하기 위하여 2020년 2월 4일 개정된 「형사소송법」(법률 제16924호)에서 검사와 사법경찰관리의 관계는 지휘·감독관계로부터 대등한 협력관계로 변모하였다. 즉 검사의 수사지휘는 폐지하였고(「형사소송법」 제197조 참조) 사법경찰관의 1차적 수사종결권을 인정하였다(「형사소송법」 제245조의5). 이렇게 검·경 수사권을 조정한 「형사소송법」(법률 제16924호)은 2021년 1월 1일부터 시행되었으며, 시행 후 공소제기된 사건부터 적용하였다.

나. 「군사법원법」상 양자의 관계

「(구)군사법원법」(제13722호)은 「(구)형사소송법」(법률 제16850호)과는 달리 명문으로 군검사와 군사법경찰관의 관계에 대하여 규정하고 있지 않으므로 군검사가 수사에 관하여 주도적 지위에 있다고 단언하기 어렵다는 것이 군사법 학계의 견해였다.⁵⁵⁾ 이러한 견해는 (구)군사법원법상 군검사가 (구)형사소송법상 검사와 달리 수사의 지휘

권이 없다고 하는 근거로 「(구)군사법원법」 제228조 제1항이 군사법경찰관의 독립된 범죄수사 권한을 인정하고 있을 뿐 「(구)검찰청법」 제4조 제1항 제2호(범죄수사에 관한 사법경찰관리 지휘·감독)와 같은 규정을 두지 않고 있다는 점을 들고 있었다. 또한 이러한 견해들은 입법론적으로는 수사의 일원화와 원활화를 위하여 군검사에게도 군사법경찰관리에 대한 수사상 지휘·감독권을 인정하는 것이 타당하다는 주장을 하였다.

이러한 논의 중 정부는 2021년 9월 24일 「군사법원법」 개정을 통하여 군검사와 군사법경찰관은 구체적 사건의 범죄수사 및 공소유지에 관하여 상호 간에 협력하여야 함을 명시하였다(「군사법원법」 제228조의2). 이로써 기존에 군검사와 군사법경찰관의 관계에 대한 논의에 대하여 양자의 관계를 형사소송법상 검사와 사법경찰관의 관계와 동일하게 상호 협력관계로 설정하여 입법적으로 해결하였다.

또한 군사법경찰관이 수사를 시작하여 입건하였거나 입건된 사건을 이첩받은 경우에는 48시간 이내에 관할 검찰단에 통보하도록 하며(「군사법원법」 제228조 제2항), 군사법경찰관은 사건을 송치한 후 군검사로부터 보완 수사를 요청받은 때에는 정당한 이유가 없는 한 지체없이 이를 이행하고 그 결과를 군검사에게 통보하도록 함(「군사법원법」 제283조)으로써 군사법경찰관의 수사에 대하여 군검사의 통제권을 보장하고 있다.

특히, 현행 「형사소송법」이 검사와 사법경찰관의 관계를 대등한 협력관계로 규정하면서 사법경찰관의 1차적 수사종결권을 인정하는 것(「형사소송법」 제245조의5)과 달리 개정된 「군사법원법」 제283조는 군사법경찰관의 1차적 수사종결권을 인정하고 있지 않고 수사 후 군검사에게 전건 송치하도록 하고 있다는 점에서 형사소송법상 검사와 사법경찰관의 관계에서보다 더 군검사의 통제권을 보장해주고 있는 것으로 판단된다.

555) 이상철·김현주·김희동·김동혁, 앞의 책, 393면.

제2절 | 군 수사기관의 자격 및 전문성, 독립성, 중립성

1. 군검사

가. 자격·전문성

이미 앞서 살펴본바와 같이 군검사는 군 수사기관으로 각 군 참모총장이 소속 군법무관 중에서 임명하고 다만, 국방부검찰단의 군검사는 국방부장관이 소속 군법무관 중에서 임명한다(「군사법원법」 제41조 제1항). 따라서 군검사는 기본적으로 군법무관 이므로 이하에서는 군법무관의 자격과 전문성에 대하여 살펴본다.

우선 군법무관의 임용 자격에 대하여 「군법무관 임용 등에 관한 법률」 제3조에서 규정하고 있다. 이에 의하면 군법무관은 ‘군법무관 임용시험에 합격하여 사법연수원의 정하여진 과정을 마친 사람’, ‘판사, 검사 또는 변호사 자격이 있는 사람’, ‘사법시험에 합격하여 사법연수원의 정하여진 과정을 마친 사람’ 중에서 임용하도록 되어있다. 결국 군법무관은 기본적으로 법률가로서의 자격을 가져야 하며, 군검사는 법무관 중에서 임용하므로 법률가로서의 전문성을 갖추고 있다고 할 수 있다.

나. 독립성·중립성

우리 「군사법원법」은 기소독점주의와 기소편의주의를 규정하고 있어 군검사의 기소·불기소 기준의 통일성을 부여함으로써 공소권 행사의 공정성을 보장하고 있다. 군검사는 그 개개인이 군검찰권을 행사하는 권한을 가지고 있는 독립된 관청이다. 특히 군검사의 개개 업무는 범죄수사는 물론 법원에 대한 정당한 법 적용의 청구, 군사법경찰관리에 대한 사법적 통제, 공소의 제기 및 유지, 형의 집행 등과 같이 사법권과 밀접한 관계를 맺고 있어서 검찰권의 행사는 언제나 외부로부터 독립하여 공정하게 행사되어야 한다. 그러나 군검사는 검찰권을 행사함에 있어서 상관의 지휘·감독에 복종하여야 한다는 점에서 재판관과는 구별된다. 즉 군검사의 지휘·감독계통은 국방부장관을 정점으로 하여 각급 부대장들과의 상하복종관계에서 계층적으로 일체 불가분의 피라미드형 구조를 가지는데 이것은 일반적으로 군검찰동일체의 원칙으로

설명된다.⁵⁵⁶⁾

이러한 군검찰동일체의 원칙에 대하여 2021년 9월 24일 개정된 「군사법원법」에서는 군검사의 독립성과 중립성을 좀 더 확보하였다고 할 수 있다. 즉 종전에는 장성급 장교가 지휘하는 부대에 보통검찰부를 설치하였으나 앞으로는 국방부장관 및 각 군 참모총장 소속으로 검찰단을 두는 것으로 변경(「군사법원법」 제36조)하여 군 검사의 수사에 대하여 관여할 수 있는 군지휘관의 계층구조를 축소하였고, 군검찰 수사의 독립성을 강화하기 위하여 국방부장관은 군검찰사무의 최고감독자로서 일반적으로 군검사를 지휘·감독하지만 구체적 사건에 관하여는 각 군 참모총장과 국방부검찰단장만을 지휘·감독하도록 하였으며(「군사법원법」 제38조), 각 군 참모총장은 각 군검찰사무의 지휘·감독자로서 군검사를 일반적으로 지휘·감독하고, 구체적 사건에 관하여는 소속 검찰단장만을 지휘·감독하도록 함으로써(「군사법원법」 제39조) 구체적 사건에 있어서 지휘관의 영향력을 감소시켰다고 할 수 있다. 또한 군검사가 구속영장을 청구할 때 해당 군검찰부가 설치되어 있는 부대의 장의 승인을 받도록 하던 규정(「군사법원법」 제238조 제3항)을 삭제함으로써 군검사의 구속영장청구에 있어서도 지휘관의 개입을 원천적으로 봉쇄하였다는 점에서 군검사의 독립성을 강화하였다고 할 수 있다.

2. 군사법경찰

가. 자격·전문성

1) 군사법경찰관

군사법경찰관의 자격에 대하여는 「군사법원법」 제43조에서 규정하고 있다. 이에 의하면 군사법경찰관은 '군인사법 제5조 제2항에 따른 기본병과 중 수사 및 교정업무 등을 주로 담당하는 병과(이하 '군사경찰과'라 함)의 장교, 준사관 및 부사관과 법령에 따라 범죄수사업무를 관장하는 부대에 소속된 군무원 중 국방부장관 또는 각 군 참모총장이 군사법경찰관으로 임명하는 사람' 또는 '국군조직법 제2조 제3항에 따라 설치된 부대 중 군사보안 업무 등을 수행하는 부대로서 국군조직 관련 법령으로 정하는

556) 이상철·김현주·김희동·김동혁, 앞의 책, 309면.

부대(이하 '군사안보지원부대'라 함)에 소속된 장교, 준사관 및 부사관과 군무원 중 국방부장관이 군사법경찰관으로 임명하는 사람'이다. 결국 군사법경찰관은 최소한 수사업무에 관한 기본지식이 있는 사람 중에서 임명한다고 할 수 있다.

2) 군검찰수사관

군검찰수사관의 자격에 대하여는 국방부령인 「군사법원서기·군검찰수사관 및 검찰서기의 전형에 관한 규칙」 제2조에 규정되어 있다. 이에 의하면 군검찰수사관이 되기 위하여는 군사법원의 서기 또는 군검찰의 검찰서기로서 3년 이상 근무한 사람으로 한다. 군사법원의 서기 및 군검찰의 서기에 지원할 수 있는 자격은 '법무병과 장교(군법무관은 제외한다), 준사관 또는 부사관, '군사법원, 국방부 검찰단, 각 군 검찰단, 각 군 본부 법무실, 합동참모본부, 한미연합군사령부, 국방부 직할부대·기관 또는 각 군 소속 부대의 법무 관련 부서에 근무하는 군무원', '고등교육법 제2조에 따른 전문대학 또는 이와 같은 수준 이상의 학교에서 소정의 법학 교육과정을 마치고 졸업한 장교·준사관·부사관 또는 군무원', '각 군의 법무병과의 부사관 교육과정을 마친 사람'이다. 군검찰수사관은 군사법경찰관과 달리 최소한 군사법원서기 또는 검찰서기로서 3년 이상의 근무경험을 필요로 하므로 수사와 재판에 관하여 군사법경찰관보다 전문성을 더 확보하고 있다고 할 수 있다.

나. 독립성·중립성

군사법제도에서 관할관⁵⁵⁷⁾이 미치는 영향은 적지 않은 것이 현실이다. 즉 지휘권에 근거한 권한 외에도 인사권이나 징계권 등을 통하여 얼마든지 간접적으로 군 내에서의 수사나 재판에 영향을 미칠 수 있는 가능성은 항상 존재한다고 지적되고 있다.⁵⁵⁸⁾

557) 관할관이란 군사법원이 설치된 부대의 장을 말한다. 「(구)군사법원법」에서는 군사상 필요에 부응하기 위하여 관할관에게 군사법원의 재판관을 지정하고 「(구)군사법원법」 제25조 등) 심판관을 임명하며 「(구)군사법원법」 제24조, 군검찰사무를 관장하고 소속 군검사를 지휘·감독하며 「(구)군사법원법」 제40조, 재판에 있어서 판결을 확인할 수 있는 권한을 가지고 일정한 경우에 판결의 내용에 대하여 실질적 변경(감경)까지 할 수 있는 「(구)군사법원법」 제379조) 권한을 가진 장성급 이상의 지휘관으로 보통 사단장, 군단장, 사령관과 각군 총장 및 국방부장관을 말한다.

558) 김호, 『군사경찰의 수사제도 개선방안에 관한 연구』, 동국대학교 박사학위논문, 2020, 30면.

또한 일부 연구에서는 군사법경찰도 관할관의 지휘 하에 있고 인사평정 등과 관련하여 상당 부분 영향을 받을 수 있다는 견해도 적지 않았으며, 이러한 상황을 제도적으로 보완하기 위하여 평정제도를 독립적으로 운영해야 한다는 견해도 확인되었다.⁵⁵⁹⁾

이러한 문제점을 개선하기 위하여 2021년 9월 24일 개정된 「군사법원법」에서는 공정한 법원에서 법관에 의한 재판받을 권리를 보장하기 위하여 평시 관할관 확인 제도를 폐지하는 동시에 평시 심판관제도를 폐지하여 군판사 외에 판사가 아닌 군인이 재판에 참여하지 못하도록 하여 재판관의 구성을 민간 법원의 구성과 유사하게 변경하였다(「군사법원법」 제8조 및 제22조).

그러나 이러한 개정은 주로 군사재판에 관한 관할관의 권한을 폐지하는 것에 머물렀을 뿐이고 수사과정에서 관할관의 개입여지를 차단하는 것에는 이르지 못했다고 할 수 있다. 즉 지휘권에 근거한 수사의 전체 경과과정(수사개시, 중간 진행경과, 수사 결과)에 대하여 보고받을 권한은 군사법경찰관은 수사의 모든 과정에서 관할관의 직간접적인 영향 하에 있게 할 위험이 있다.⁵⁶⁰⁾ 또한 「군사법원법」 제45조에 정한 군사경찰의 직무상 상관에 대한 복종의무 규정은 관할관에 대한 군사경찰의 복종의무까지도 포함하는 것으로 해석되어 자칫 관할관이 수사 지휘권자로 간주될 수도 있기 때문에 이에 대한 개선이 필요하다.⁵⁶¹⁾

559) 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지웅·임재성·전학선, 『군 수사와 사법제도 현황 및 개선방안 연구』, 국가인권위원회 조사총괄과, 2015, 132면.

560) 김호, 앞의 학위논문, 30면 이하.

561) 김호, 앞의 학위논문, 31면.

제3절 | 수사절차에서 피의자의 권리 및 피해자의 보호방안

1. 피의자의 권리 보호방안

현재 군 수사절차에서 피의자의 권리는 일반 「형사소송법」에 규정된 피의자의 권리와 대등하게 보호된다고 할 수 있다. 그러므로 군 수사절차에서 개별적인 피의자 권리를 강화하는 방향보다는 수사의 독립성을 보장하는 것이 피의자의 권리를 실질적으로 보호하는 방안이라고 판단된다.

앞서 기술한 바와 같이 군사경찰이 인사상 구조적으로 관할관의 실질적인 영향력을 받을 수밖에 없다면 이 문제를 해소하기 위하여 인사 구조를 독립시킬 방안이 모색되어야 한다.⁵⁶²⁾ 즉 관할관이 인사권자로서 가지는 권한이 군사경찰의 수사에 대해서는 영향을 미치지 못하도록 할 필요가 있다.⁵⁶³⁾ 이에 대한 해결책으로서 생각할 수 있는 것은 민간인 신분인 정부기관장인 국방부장관을 제외한 현역 각군 장성급 지휘관의 평정, 보직 등의 인사권은 군사경찰에 대해서만큼은 제한하도록 하는 방안일 것이다.⁵⁶⁴⁾

다른 방안으로는 민간 경찰의 시스템을 참고하는 것이다. 현재 「형사소송법」 제195조는 검사와 사법경찰의 관계를 상호 협력관계로 규정하고 있다. 이와 관련하여 「국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률」 제16조는 경찰청에 국가수사본부설치하도록 하고 있으며 국가수사본부장은 경찰청 내부뿐만 아니라 경찰청 외부에서 임명할 수 있도록 하고 있다. 그리고 국가수사본부장이 경찰의 수사에 관하여는 모든 소속 공무원을 지휘·감독하도록 하고 있다. 또한 「국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률」 제6조 제2항에서는 경찰공무원은 구체적 사건수사와 관련된 상관의 지휘·감독의 적법성 또는 정당성에 대하여 이견이 있을 때에는 이의를 제기할 수 있도록 하고 있다.

이와 같이 민간영역에서의 검사와 사법경찰의 관계가 상호협력관계로 변경된 것처

562) 김호, 앞의 학위논문, 85면.

563) 김호, 앞의 학위논문, 85면.

564) 김호, 앞의 학위논문, 85면.

럼 군 검사와 군사법경찰의 관계도 현재는 상호협력관계로 변경되었다. 그러므로 이제는 군 검사로부터의 독립성보다는 군 내부에서 지휘관으로부터의 독립성을 강화하는 것이 필요할 것이다. 이와 같은 방안으로 국방부에도 군 수사본부를 별도로 설치하고 군 수사본부장에 군인이 아닌 사람의 임명이 가능하도록 하는 것이다. 즉 국방부장관 외의 현역 각군 장성급 장교가 가지는 인사권을 군사경찰에 대해서만큼은 행사하지 못하도록 한다면 군사경찰은 자연스럽게 관할관의 영향력으로부터 벗어날 수 있고 이를 통하여 공정한 수사의 가능성이 구조적으로도 보장될 수 있을 것이다.⁵⁶⁵⁾

2. 피해자 보호방안

군에서는 2019년부터 군 범죄 피해자의 보호 및 군 내 사망사건 처리과정에 대한 국민의 신뢰를 높이기 위하여 군인 등 사이에 발생한 범죄에서 피해군인 등에게 변호사가 없는 경우 군검사가 국선변호사를 선정할 수 있도록 함으로써 군 형사소송절차에서 군 장병의 인권보장을 강화하고 있다.

구체적으로는 「군사법원법」 제260조의2에서 군인·군무원 등 사이에 발생한 범죄의 피해자가 형사절차상 입을 수 있는 피해를 방어하고 법률적 조력을 보장하기 위하여 피해자에게 변호사가 없는 경우 군검사가 국선변호사를 선정하여 줄 수 있도록 하고 있다. 또한 이를 구체화한 「군검사의 피해자 및 유가족 국선변호사선정 등에 관한 훈령」(국방부 훈령 제2670호) 제4조와 제5조에 따르면 피해자 국선변호사는 민간 변호사 또는 군법무관 중에서 선정하고, 유가족 국선변호사는 민간 변호사 중에서 선정하도록 하고 있다. 이는 국민의 신뢰 제고와 투명한 절차진행 보장을 위하여 유가족에 대한 국선변호사에서 현역 군인인 군법무관을 제외하고 있는 것이다.

이와 같이 피해자에 대한 국선변호사 선정과 사망사건 유가족에 대한 국선변호사 선정제도는 군의 수사에 대한 투명성을 제고하고 불신을 해소시키고자 하는 군의 특수성에 기인하고 있는 제도이지만 민간영역에서의 국선변호사 제도보다 그 보장범위를 더욱 넓혔다는 점에서 진일보 했다고 할 수 있다.

그러나 피해자 국선변호사 제도와 관련하여서는 이 제도가 형식적으로 운영되므로

565) 김호, 앞의 학위논문, 85면.

실질화될 필요가 있으며 사망사건 유가족 국선변호사 제도와 관련하여서는 수사기록의 공개영역이 확대될 필요가 있다고 판단된다.

피해자 국선변호사 제도와 관련하여 「군검사의 피해자 및 유가족 국선변호사선정 등에 관한 훈령」 제3조에서는 군검사는 피해자에 대한 국선변호사를 선정할 때에는 실질적인 지원을 받을 수 있도록 하여야 한다고 하고 있다. 그리고 제4조에서는 피해자에 대한 국선변호사를 민간 변호사 또는 군법무관 중에서 선정하도록 하고 있다. 그러나 군법무관을 국선변호사로 선정하는 경우에 과연 실질적 지원을 받을 수 있을지는 의문이다. 과거 공군여중사 사망사건에서도 피해자에 대한 국선변호사로 군법무관이 선정되었지만 피해자의 사망을 막지 못하였고 피해자의 입장보다는 군의 입장을 피해자에게 전달 하였다는 점에서 비난의 대상이 되기도 하였다. 따라서 피해자에 대한 국선변호사도 사망사건 유가족에 대한 국선변호사와 같이 민간 변호사만을 대상으로 하여야 한다고 판단된다. 피해자인지 유가족인지에 따라서 국선변호사 선정대상을 구별할 합리적 이유가 없기 때문이다.

사망사건 유가족 국선변호사 제도와 관련하여 군에서는 유가족의 요청이 있으면 수사에 지장을 초래하지 않는 범위에서 사건현장을 공개하고 현장감식과 검시, 현장 검증에도 유가족의 참여를 허용하고 있고 이러한 경우에 유가족 국선변호사의 참여도 인정하고 있다. 또한 사망사건의 처리와 관련하여 중간수사와 최종수사 결과까지 필요에 따라서는 횡수에 제한을 두지 않고 유가족 설명회를 실시하고 있다. 이러한 유가족 설명회에서 유가족이 가장 많이 요청하는 것은 수사자료인데 현재는 수사상 이유와 개인정보를 이유로 제공하지 않고 있다. 이에 대하여 유가족은 자신들이 요구하는 사안에 대한 수사가 제대로 이루어지지 않는 것이 아닌지 우려하며 군 수사를 불신하게 되는 실정이다. 따라서 이러한 경우에 수사종결 전이라고 하더라도 개인정보에 대한 비공개처리와 관련 내용의 수사종결 전 외부 공개 제한 등을 조건으로 국선변호사를 통하여 수사기록의 공개범위를 확대하는 한편 공개를 요구할 수 있는 시기를 수사종결전으로 조정하여 가능한 범위 내에서 적극적으로 공개하는 것도 군 수사절차의 신뢰성을 높이는 방안이라고 판단된다.⁵⁶⁶⁾

566) 김성훈, “개정 군사법원법에 대한 비판적 고찰”, 한양대학교 석사학위논문, 2023, 107면.

제4절 | 주요 외국의 입법례

1. 미국의 군 수사절차 (김대원)

가. 수사체계

미국의 경우 군 수사절차에서 지휘관은 매우 강력한 권한을 가진다는 점에서 우리나라의 군수사절차와 구별된다. 즉 군법회의의 대상범죄가 발생하게 되면 우선 해당 부대의 직속 지휘관에게 그리고 지휘계통에 따라 처분권을 가진 지휘관으로까지 보고 되게 되는데 해당 처분권을 가진 지휘관은 사전조사(Preliminary inquiries)에 착수하게 된다.⁵⁶⁷⁾ 이 때 경미한 사건인 경우 내부종결되기도 하지만 복잡한 사건인 경우 군사경찰에 수사를 의뢰할 수도 있는데 군사경찰은 지휘관의 지휘계통으로부터 독립되어 독자적인 수사권을 가진다.⁵⁶⁸⁾

나. 지휘관의 재량적 처분권

처분권을 가진 지휘관은 사전조사 결과에 따라 해당 사건에 대하여 (1)불처분불문조치(No action),⁵⁶⁹⁾ (2)행정상의 조치(Administrative action),⁵⁷⁰⁾ (3)비사법적 처벌의 부과(Nonjudicial punishment)⁵⁷¹⁾ 등을 내릴 수 있으며 (4)특히 군법회의에 회부할 권한을 가지는 지휘관(Convening Authority, Convening Commander, CA)의 경우에는 사법적 처분으로서 ① 기소(Preferral Of Charges)⁵⁷²⁾ 또는 ② 불기소(Disposition of charges)⁵⁷³⁾하도록 하거나 ③ 기소여부의 판단을 다른 지휘관에게 이관하거나(For

567) 도중진, "미국 군사재판의 형사절차에 관한 주요 특징과 시사점", 『원광법학』, 제32권 제3호 (2016.9), 원광대학교 법학연구소, 161면.

568) 도중진, 앞의 논문, 161면.

569) R.C.M. Rule 306(c) (1).

570) R.C.M. Rule 306(c) (2).

571) R.C.M. Rule 306(c) (3); UCMJ, Art. 15.

572) R.C.M. Rule 307.

573) R.C.M. Rule 306(c) (4).

warding for disposition),⁵⁷⁴⁾ ④ 직접 심문하거나(Direct Preliminary Hearing, UMCJ Artivle 32), ⑤ 기소 후 약식절차, 보통군사법원 또는 특별군사법원에 회부할지의 여부를 결정(Referral Of Charges)할 권한을 가진다.⁵⁷⁵⁾

그러나 이러한 지휘관의 재량권은 자의적으로 행사할 수 있는 것은 아니며 “군사법원 매뉴얼(MCM)” “부록 2.1 처분권 행사에 대한 지침(Appendix 2.1 Disposition Guidance)”에 따라 행사되어야 한다. 본래 이 부록 2.1의 표제는 “처분권 행사에 대한 구속력 없는 지침(Non-Binding Disposition Guidance)”이었으나 2023년 10월 25일의 개정⁵⁷⁶⁾에 의하여 표제가 변경되고 지휘관의 처분권도 보다 제한되게 되었다.

2. 독일의 군 수사절차 (김정환)

한국 형사법의 모범이 되었던 독일의 경우, 군사재판에서도 선진적으로 인권을 보장하고 있다고 평가된다.⁵⁷⁷⁾ 「헌법」에서 군사법원이 설치될 수 있는 근거를 규정하고 있음에도 실제로는 군사법원을 설치하지 않고 일반법원에서 군사재판을 담당하고 있으며, 단지 군무법원(Truppendienstgericht)을 두고 이곳에서 군인의 징계절차 등을 담당하고 있다. 이에 군 수사절차도 일반 형사사건과 마찬가지로 경찰과 검찰에서 담당하고 있다.

가. 원칙

독일에서는 「기본법」 제96조 제2항에 군사법원(Wehrstrafgericht)의 설치를 규정하고 있음에도,⁵⁷⁸⁾ 현재 군사법원을 별도로 설치하지 않고 일반법원에서 군사재판을

574) R.C.M. Rule 306(c) (5).

575) 이에 관한 상세한 것은 지대남, “미국의 군사법제도에 있어서 지휘관의 권한”, 『공법학연구』, 제12권 제1호(2011), 한국비교공법학회, 237면 이하; 도중진, 앞의 논문, 161면 이하.

576) 미국 국방성 홈페이지 참조(<https://jsc.defense.gov/military-law/current-publications-and-updates/>; 최종접속일: 2023년 11월 5일).

577) 강태경·최영신·송윤진·임태훈·김형남·조규석, 『형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(III): 형사법원의 인권보장역량 평가』, 한국형사정책연구원, 2020, 215면.

578) Art 96 (2) Der Bund kann Wehrstrafgerichte für die Streitkräfte als Bundesgerichte errichten. Sie können die Strafgerichtsbarkeit nur im Verteidigungsfalle sowie über Angehörige der Streitkräfte ausüben, die in das Ausland entsandt oder an Bord von Kriegsschiffen eingeschifft sind. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz. Diese Gerichte ge-

담당한다. 즉 독일에서 군인이 형법상의 범죄나 군형법상의 범죄를 행한 경우도 일반 법원이 군인에 대한 관할권을 가지고 있다.⁵⁷⁹⁾ 독일 「법원조직법(*Gerichtsverfassungsgesetz, GVG*)」 제14조에서는 특별법원(*Besondere Gerichte*)으로 항해법원(*Gerichte der Schifffahrt*)을 규정하고 있으나, 군사법원에 관해서는 규정이 없다.

독일에서 군사법원이 존재하지 않음에 따라 군대나 국방부에 군검찰도 별도로 존재하지 않으며, 일반경찰이 군사범죄에 대한 업무를 담당한다.⁵⁸⁰⁾ 마찬가지로 군사경찰도 별도로 존재하지 않고 일반경찰이 군인의 범죄에 대한 수사를 담당하게 되는데, 군대 내에서의 일반경찰의 활동은 당연히 일반경찰이 결정한다.⁵⁸¹⁾ 일반경찰이 군인의 범죄에 대해서 군부대 내에서 압수수색할 필요가 있는 경우에 부대장에게 압수수색 등의 요청을 하게 되고, 이때 군의 지휘관은 응할 의무가 있다.⁵⁸²⁾

독일 연방군 내에도 군사경찰(헌병)이 존재하지만, 독일의 군사경찰에게 사법경찰권은 인정되지 않고 다만 경비나 질서유지 등과 같은 행정경찰권과 「군인징계법」에 따른 행정상 징계조사권이 부여되어 있을 뿐이다.⁵⁸³⁾

나. 해외파병 군인의 예외

독일에서는 위와 같이 군인 등의 형사사건에 대해서 재판권이 있는 일반법원이 관할권의 일반 규정에 따라 처리하고 있지만, 2013. 4. 1. 이후부터 예외적으로 독일 「형사소송법」 제11a조에서는 해외파병에 대해서는 별도의 관할권을 시행하고 있다. 즉, “독일 형사소송법의 적용범위 밖에서 독일 군인법(*Soldatengesetz*) 제62조 제1항의 특별한 해외주둔 연방군인의 범죄가 발생한 경우, 켐프텐(*Kempten*) 시의 법원에 관할권이 존재한다.”고 규정되어 있다.⁵⁸⁴⁾ 해외파병이라는 특수한 상황에서 일반경찰

hören zum Geschäftsbereich des Bundesjustizministers. Ihre hauptamtlichen Richter müssen die Befähigung zum Richteramt haben.

579) 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지웅·임재성·전학선, 앞의 보고서, 282면.

580) 박병욱·유주성, 『군사망 사고 관련 조사, 사법제도 등 개선연구』, 군사망사고진상규명위원회 보고서, 2021, 67면.

581) 박병욱·유주성, 앞의 보고서, 70면.

582) 박병욱·유주성, 앞의 보고서, 69면.

583) 박병욱·유주성, 앞의 보고서, 69면.

584) § 11a Gerichtsstand bei Auslandstaten von Soldaten in besonderer Auslandsverwendung

이 파병지에서 발생한 군인의 형사사건을 해결함에 전문성이 낮다는 점이 문제가 되었고, 이에 독일 「형사소송법」이 개정되어 특정 검찰청에서 전문성을 갖추어 파병 군인의 범죄에 대해 전담하여 수사하도록 켐프텐(Kempten) 검찰청에 군사건 중점검사부(Schwerpunktstaatsanwaltschaft)를 설치하게 되었다.⁵⁸⁵⁾

다만 해외 파병지에서 발생한 범죄의 사실관계 규명은 사실상 해당 파병 군부대에서 할 수밖에 없는 한계가 있는데, 범죄사건은 동시에 「군인징계법」상(Wehrdisziplinarordnung)의 징계사건에도 해당되는 상황에서 해당 파병부대의 군수사관(헌병)이 먼저 징계사건 조사를 해서 결과를 문서로 작성하여 파병지휘사령부(Einsatzführungskommando)의 법률자문관에게 제출하면, 켐프텐 검찰청의 군 전담검사는 문서열람권을 근거로 해서 해당 사건에 대한 정보를 획득하게 된다.⁵⁸⁶⁾ 다만 독일 연방군이 해외 파병될 때 파병지역에서의 수사를 위해 일반경찰을 함께 파병하는 것은 현실적으로 어려우므로 군사경찰이 파병지역에서 조사하게 되지만, 이 경우도 군사경찰에게 일정한 사법경찰권이 부여되는 것이 아니라 「군인징계법」상(Wehrdisziplinarordnung)의 징계사건 조사를 하는 것이다.⁵⁸⁷⁾ 이처럼 켐프텐 검찰청의 군 전담검사는 독일에서 모든 파병 업무를 담당하는 독일 연방군 파병지휘사령부의 법률자문관과 함께 해외 수사 사건을 서로 협력하여 진행하게 되지만, 수사지휘권은 검사가 갖고 있다.⁵⁸⁸⁾

이렇게 켐프텐 검찰과 법원에 해외파병 군인에 대한 전속적 관할권을 인정하는 것에 대해서는 비판이 제기되는데, 특정 검찰과 법원에 사건을 전담시키면 군 지휘권 중심의 시각에서 재판이 이루어질 수 있으며 사실상 특별법원으로서 군사법원이 설치된 것과 마찬가지로 비판이 있다.⁵⁸⁹⁾

Wird eine Straftat außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes von Soldatinnen oder Soldaten der Bundeswehr in besonderer Auslandsverwendung (§ 62 Absatz 1 des Soldatengesetzes) begangen, so ist der Gerichtsstand bei dem für die Stadt Kempten zuständigen Gericht begründet.

585) 박병욱·이계수, “독일 군 사법제도 재론(再論) - 기능주의 군형법, 군 형사재판 및 군무법원을 중심으로 -” 『공법학연구』, 제17권 제3호(2016.8), 한국비교공법학회, 187면.

586) 박병욱·이계수, 앞의 논문, 188면.

587) 박병욱·유주성, 앞의 보고서, 69면.

588) 박병욱·이계수, 앞의 논문, 188면.

589) 박병욱·이계수, 앞의 논문, 189면.

3. 프랑스의 군 수사절차 (심승범)

프랑스 군사재판절차에 있어 평시와 전시의 구분은 중요하다. 프랑스에서는 (프랑스령 해외영토를 제외하고) 평시에는 군사법원이 존재하지 않는 반면 전시에는 군사법원이 설치되기 때문에 수사절차 역시 평시와 전시가 다르게 전개된다. 프랑스 「군사법원법(*Le Code de justice militaire*)」은 위 두 시기에서의 수사절차를 분명히 구분하여 규정하고 있다.

가. 평시의 수사절차

프랑스에서 수사는 군사경찰관에 의해 전개된다. 이는 일반 형사절차와 마찬가지로 검사와 예비판사의 지휘 아래 실현된다. 따라서 군사경찰관의 자격 및 권한을 먼저 살펴본 후 어떻게 수사지휘가 이루어지는 살펴보고자 한다.

1) 수사의 전개

프랑스에서는 평시 군사법원이 존재하지 않기 때문에 군 사건에 관한 수사절차는 일반사건과 큰 차이가 없다. 수사는 보통 군사경찰관에 의해 전개된다. 군사경찰관의 자격은 군 헌병대와 법률 및 규칙에 따라 부여된 군 내 타 부서 관련 담당관이 가진다.⁵⁹⁰⁾⁵⁹¹⁾ 군 헌병대의 군사경찰관 자격에 관한 세부사항은 일반 「형사소송법」 제16조를 준용하는데, 이는 “헌병대에서 근무한 헌병장교 및 하사관, 위원회의 동의를 얻어 법무부장관 및 국방부장관의 명령에 따라 개별적으로 지명된 헌병대 소속 병사는 (일반) 사법경찰관의 자격이 있다”⁵⁹²⁾고 규정하고 있다.⁵⁹³⁾ 즉 군사경찰관의 자격을 가진 자는 일반 사법경찰관과 동일한 수사활동을 할 수 있다. 그는 범죄에 대한 고소 및 고발을 수리하고⁵⁹⁴⁾, 증거수집을 위한 수사를 전개하며 범인에 대한 수색작업

590) 프랑스 「군사법원법」 제L211-3조.

591) 한국과 달리 프랑스의 경우 역사적으로 군 헌병대가 제한된 경찰기능을 수행한다. 이와 관련하여, 박병욱·유주성, 앞의 보고서, 75-76면.

592) “Les officiers et les gradés de la gendarmerie, les gendarmes comptant au moins trois ans de service dans la gendarmerie, nominativement désignés par arrêté des ministres de la justice et de l'intérieur, après avis conforme d'une commission.”

593) 프랑스 조문번역은 2011년 법무부에서 발간한 「프랑스 형사소송법」(2011) 번역본을 기초로 하였다. 아래에서는 “프랑스 「형사소송법」”로 인용하도록 한다.

을 진행할 수 있다.⁵⁹⁵⁾ 이는 프랑스 「형사소송법」 제14조 및 제17조에서 규정하고 있는데, 「군사법원법」 제L211-2조와 제L211-3조에서 해당 규정들을 그대로 차용하고 있다.

수사를 진행한 군사경찰관은 “…… 신속히 이를 검사에게 보고하고 이에 관한 일체의 정보, 조서 및 관계 서류를 그에게 송부하여야 한다”.⁵⁹⁶⁾ 이는 일반 「형사소송법」 제19조⁵⁹⁷⁾에 명시하고 있는 사법경찰관의 의무와 동일하다. 「형사소송법」 제20-1조에서 규정하고 있는 자격을 가지지 못한 군 헌병 역시 제한된 수사를 진행할 수 있다. 이는 「형사소송법」 제20조⁵⁹⁸⁾에서 규정하는 사법경찰관과 관련 있으며, 그는 「군사법원법」 제L211-4조에 따라 담당 검사의 지휘를 받아 혹은 직권으로 예비수사(*L'enquête préliminaire*)를 진행할 수 있다. 또한 사법경찰관리는 “사법경찰관을 보좌하고 중죄, 경죄 또는 위경죄를 인지하여 그 조서를 작성하거나, 이들 범죄의 정범 혹은 공범에 관한 징표, 증거 및 정보를 제공하는 사람들로부터 신고를 받아 조서를 작성하는 임무를 수행한다”.⁵⁹⁹⁾

2) 수사의 지휘

프랑스에서는 군검찰이 따로 존재하지 않으며, 일반 검찰이 수사지휘 및 기소를 담당한다.⁶⁰⁰⁾ 다만 일반 검찰 내 군 사건을 전문으로 하는 담당 부서가 존재하고, 해당 사건을 맡은 검사는 군 사건의 수사를 지휘한다.⁶⁰¹⁾ 프랑스 국방부 장관은 군

594) 프랑스 「형사소송법」 제17조 제1항.

595) 프랑스 「형사소송법」 제13조 제1항.

596) “...est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs”, 프랑스 「형사소송법」 제40조 제2항.

597) “사법경찰관이 중죄·경죄 및 위경죄를 인지한 경우에는, 지체없이 이를 검사에게 보고하여야 한다. 사법경찰관이 임무를 완료한 경우에는 작성한 조서의 원본 및 그 인증등본 1통을 직접 검사에게 제출하여야 하고, 일체의 관련 서류 및 기록, 압수한 물건 등도 동시에 검사에게 송부하여야 한다...”.

598) “사법경찰관의 자격을 갖추지 못한 헌병은 사법경찰관이 될 수 있다”.

599) “De constater les crimes, délits ou contraventions et d'en dresser procès-verbal; De recevoir par procès-verbal les déclarations qui leur sont faites par toutes personnes susceptibles de leur fournir des indices, preuves et renseignements sur les auteurs et complices de ces infractions”, 프랑스 「형사소송법」 제20조.

600) 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지용·임재성·전학선, 앞의 보고서, 310면.

담당 검사를 지정할 수 있고, 지정된 파리지방법원 검사는 군 사건을 조사하기 위해 군사경찰관에 대한 지휘권을 가진다.⁶⁰²⁾⁶⁰³⁾ 이는 국방부 장관의 부령(*L'arrêté*)으로 이행되며, 그는 군 당국을 지정함으로써 담당 검사의 기소에 대한 의견을 줄 수 있다.⁶⁰⁴⁾ 담당 검사는 직접 또는 군 당국⁶⁰⁵⁾이 고발한 사실에 대해 공소를 제기할 수 있다.⁶⁰⁶⁾ 만일 “고발이 없는 경우, 중죄 또는 경죄의 현행범인 경우를 제외하고 고발되지 아니한 자에 대한 모든 소추에 대해서는 사전에 국방부 장관이나 그에 의하여 자격이 부여된 군 당국의 의견을 요청하여야 한다.”⁶⁰⁷⁾ 세부 수사지휘권에 관해서는 프랑스 「군사법원법」 제L211-1조 제2항에 규정된 바와 같이 일반 「형사소송법」을 따른다.

수사는 군 담당 검사 이외 예심판사의 지휘에 의해 전개될 수 있다. 프랑스 「군사법원법」 제L211-2조 제2항은 “예심수사⁶⁰⁸⁾가 개시된 때, 사법경찰은 예심법원의 수사지휘 사항을 집행하고 그 요구에 따른다”⁶⁰⁹⁾고 규정하고 있다. 이는 일반 「형사소송법」 제14조 제2항을 그대로 차용하고 있다. 프랑스의 경우 한국과 달리 일반 형사절차상 예심판사가 여전히 존재하기 때문에 군 형사절차에서도 동일하게 예심판사가 개입된다. 일반적으로 “형사소송법은 사법경찰관과 검사보다 더욱 광범위하고 강력한 수사 권한을 예심판사에게 부여하고 있다. …… 예심이 개시되기 전 예비수사와 현행범수

601) 박병욱·유주성, 앞의 보고서, 74면; 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지웅·임재성·전학선, 앞의 보고서, 169-170면.

602) 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지웅·임재성·전학선, 앞의 보고서, 312면.

603) 프랑스에서는 일반적으로 “검사와 사법경찰관의 관계는 범리상 엄격한 상명하복의 관계가 요구되지만 현실상 사법경찰관에게 광범위한 자율성이 부여되고 있다 …… 즉 검사에게는 수사지휘권이 보장되지만 수사의 실질적인 주체는 사법경찰관이라는 점이다”, 김택수, 『프랑스 수사 및 예심제도의 이해』, 계명대학교 출판부, 2017, 94면.

604) 프랑스 「군사법원법」 제L211-1조 제1항.

605) “…… 군 당국은 국방부 장관의 결정으로 권한이 부여된다(*L'autorité militaire visée au premier alinéa du présent article est habilitée par arrêté du ministre de la défense*)”, 프랑스 「형사소송법」 제698-1조 제3항.

606) 프랑스 「형사소송법」 제698-1조 제1항.

607) 박병욱·유주성, 앞의 보고서, 74-75면.

608) “프랑스 형사소송법은 중죄의 경우 반드시 예심을 거치도록 규정하고 있으며, 경죄의 경우에는 예심은 선택적이고 위경죄의 경우에는 예외적이다”, 김택수, 앞의 책, 205면.

609) “Lorsqu'une instruction préparatoire est ouverte, ils exécutent les délégations des juridictions d'instruction et défèrent à leurs réquisitions.”

사의 경우 수사 주재자는 검사가 되지만 예심개시 이후 수사 주재자는 예심판사가 된다.”⁶¹⁰⁶¹¹ 이에 따라 예심판사는 군 관련 사건을 수사하기 위해 제한된 범위 내에서 군사경찰관에게 위임수사(*La commission rogatoire*)를 지시할 수 있다.⁶¹²

군 사건 관련 수사절차상 장소적 제약이 존재하는데, 만일 “검사, 예심판사 및 사법경찰관이 군사시설 내에서 범죄사실을 인지하거나 또는 그 안에서 사람 혹은 범죄와 관련한 증거물을 조사하려고 하는 때에는 군 당국의 시설에 대한 출입허가를 구하는 요청서(*Des réquisitions*)를 제출하여야 한다.”⁶¹³ 프랑스 「형사소송법」 제698-3조는 이 요청서에 대해 보다 명확히 규정하고 있는데, 본 요청서는 예외적인 경우를 제외하고 수사의 이유와 그에 대한 내용이 기재되어야 한다. 군사시설 내 수사 허가 시, 군 당국은 권한을 위임할 대리인을 두어야 하고, 검사, 예심판사 및 사법경찰관은 해당 대리인과 함께 협조하여 수사를 진행해야 한다.⁶¹⁴ 이때 수사 및 사법기관은 군사기밀이 유출되지 않도록 주의해야 하고, 반대로 군 대리인 역시 수사 관련 정보가 보호될 수 있도록 노력해야 한다.⁶¹⁵ 따라서 이와 같은 군 당국의 허가 없이는 군사시설 내에서의 수사는 제한된다.

나. 전시의 수사절차

전시에는 평시와 달리 프랑스 「형사소송법」 제699조에 따라 즉시 군사법원이 설치된다. 이에 따라 프랑스법은 전시에 대한 형사절차를 따로 규정하고 있다. 프랑스에서

610) 김택수, 앞의 책, 214면.

611) 프랑스 「형사소송법」 제81조 제1항 “예심판사는 법률에 따라 진실발견에 유용하다고 판단하는 모든 예심행위를 실시한다. 예심판사는 유리한 사실과 불리한 사실을 규명한다(Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge)”.

612) 일반 형사절차에서의 위임수사에 관해, 김택수, 앞의 책, 264-265면.

613) “Lorsque le procureur de la République, le juge d'instruction et les officiers de police judiciaire sont amenés, soit à constater des infractions dans les établissements militaires, soit à rechercher, en ces mêmes lieux, des personnes ou des objets relatifs à ces infractions, ils doivent adresser à l'autorité militaire des réquisitions tendant à obtenir l'entrée dans ces établissements”, 프랑스 「형사소송법」 제698-3조 제1항.

614) 프랑스 「형사소송법」 제698-3조 제2항 및 제3항.

615) 프랑스 「형사소송법」 제698-3조 제3항.

전시에는 원칙적으로 국방부 장관이 「군사법원법」 규정에 따라 많은 사법적 권한을 가진다. 그는 전시에 수사지휘를 포함한 검찰 업무를 이행할 자를 지정할 수 있다.⁶¹⁶⁾ 이와 관련하여 다수 군사법원의 정부위원(*Le commissaire du Gouvernement*)이 그 기능을 담당한다.⁶¹⁷⁾ 정부위원은 프랑스 「군사법원법」 제L212-2조 제1항에 따라 기소에 필요한 모든 행위를 이행할 권한을 가진다. 다만 정부위원은 군 당국으로부터 위임이 있을 시에 그 권한이 부여되며, 일차적으로 군 당국에 자문하는 역할을 담당한다.⁶¹⁸⁾ 그럼에도 정부위원의 큰 역할 중 하나는 예심절차와 그 이후의 절차에 있어서 검사장으로서 임무를 수행한다는 점이다.⁶¹⁹⁾

전시의 수사는 군사경찰이 담당한다. 군사경찰관리(*L'officier de police judiciaire des forces armées*)의 자격은 프랑스 「군사법원법」 제L211-3조에 규정하고 있는데 그 내용은 다음과 같다: “1° 헌병대 장교 및 이에 준하는 계급을 가진 자 그리고 형사소송법 제16조에 따라 사법경찰관리로 임명된 헌병대 병사, 2° 법령에 의하여 특정 임무수행을 위하여 지정된 자로서 법령이 정한 [군사경찰관리의] 자격을 가진 장교, 부사관 및 (선서한) 군무원”⁶²⁰⁾. 또한 군 헌병 역시 제한된 수사권한을 가진다. 위에서 검토한 바와 같이 프랑스에서는 군인이 경찰업무를 담당하기도 하고, 반대로 경찰이 군대의 업무를 맡기도 하는 특징을 찾아볼 수 있다. 이는 2001년 이전 징병제를 통해 군 인력을 모집했지만, 이후 모병제로 전환된 이유와 관련 있기도 하다.⁶²¹⁾ 제L211-3조에서 규정하고 있는 군사경찰관의 자격은 평시 역시 동일하다.

예심절차는 프랑스 「군사법원법」 제L212-46조에 따라 정부위원의 청구에 의해 개시된다. 평시와 같이 전시에도 원칙적으로 예심판사가 예심절차를 담당하는데 자신이

616) 프랑스 「군사법원법」 제L112-22-2조.

617) 프랑스 「군사법원법」 제L112-22-3조.

618) 프랑스 「군사법원법」 제L212-42조.

619) *Rayne, Serge*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale : justice militaire, Dalloz, 2021, n° 233.

620) “Ont la qualité d'officiers de police judiciaire des forces armées : 1° Les officiers et gradés de la gendarmerie ainsi que les gendarmes qui ont été désignés comme officiers de police judiciaire en application de l'article 16 du code de procédure pénale ; 2° Les officiers, sous-officiers et agents assermentés des différents services des armées, pour l'exercice des missions particulières qui leur sont dévolues par les lois ou règlements, si la loi leur reconnaît des attributions attachées à ladite qualité”.

621) 박병욱·유주성, 앞의 보고서, 77면.

수사에 참여하는 것이 가능하지 않다고 판단되는 경우 군사경찰관 및 일반경찰관 등에게 위임수사를 전개하게 할 수 있다.⁶²²⁾ 프랑스 「군사법원법」 제L212-53조 제1항에 따르면 “예심판사는 법률에 따라 진실발견에 유용하다고 판단되는 모든 예심행위를 실행할 수 있다.”⁶²³⁾ 다만 예심행위의 범위는 공소된 범죄에 한하며, 이러한 제한은 위임수사 시에도 마찬가지로 적용된다.⁶²⁴⁾ 위와 같은 사실에 비추어 보아, 예심절차는 검사장이 정부위원을 대신한다는 점을 제외하고는 평시와 크게 다르지 않다.

4. 스위스의 군 수사절차 (심승범)

스위스 군 수사절차에서는 수사개시권과 수사지휘권의 주체를 달리하고 있다. 수사의 개시는 법률이 규정하는 군 내 지휘관 또는 군법무단장이 가진다. 반면 스위스법은 수사지휘권을 예심판사에게, 공소권을 군 검사에게 부여하고 있다.

가. 군 수사절차의 개시

스위스 형사절차상 수사를 전개하는 주체는 단일적이지 않다. 그럼에도 군 사건에 대한 수사는 「군형사소송법」에서 규정하고 있는 사법공조(*L'entraide judiciaire*)에 근거하여 주로 군 또는 민간 경찰에 의해 달성된다. 따라서 수사의 주체에 대해 먼저 살펴본 후 그들이 경우에 따라 어떤 종류의 수사를 전개할 수 있는지 순차적으로 검토하고자 한다.

1) 수사의 주체

스위스법은 형사절차상 수사개시권을 복무 중(*en service*)에 사건이 발생한 경우와 복무 이외(*en dehors du service*)의 시간에 사건이 발생한 경우를 명확히 구분하고 있다. 즉 수사개시권은 복무 중에는 법률이 규정하고 있는 군지휘관에게 그리고 복무 이외의 시간에는 예외적으로 군법무단장에게 있다.

622) 프랑스 「군사법원법」 제L212-48조 및 제L212-54조.

623) “Le juge d’instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d’information qu’il juge utiles à la manifestation de la vérité.”

624) *Rayne, Serge.*, 앞의 총람, n° 251.

가) 복무 중(en service)에 발생한 사건에 대해

스위스에서 군 사건에 대한 수사는 여러 주체에 의해 전개될 수 있다. 먼저 군 당국(Les autorités militaires)과 관련 있다. 스위스 「군형사소송법(Le Code de procédure pénale militaire)」 제101조는 복무 중 범죄가 발생했을 시 수사개시권을 각 군 부처 내 지휘관에게 부여하고 있다.⁶²⁵⁾ 또한 그가 직접 수사를 명하기 어려울 시 대리인을 통해 이를 허가할 수 있다.⁶²⁶⁾ 게다가 스위스법은 필요시 군지휘관이 지정한 장교(L'officier)나 부사관(Le sous-officier)에게 “용의자 도주를 막기 위해, 범죄 흔적을 확인하기 위해, 그리고 증거를 보존하기 위해 필요한 조치를 즉시 취할 수 있도록”⁶²⁷⁾ 규정하고 있다.

군 당국이 사건을 해결하기 위해 필요한 조치를 취할 시 군 또는 민간 경찰에게 도움을 요청할 수 있다.⁶²⁸⁾ 이는 군 또는 민간 경찰과의 사법공조에 근거한다. 「군형사소송법」 제18조 제3항에 따르면 “군 또는 민간 경찰 기관은 군사법원에 협력해야 하고, 동법 제100조 및 그 이하에 근거한 조치를 취하도록 해당 지휘관이 요청할 시 그에게 협조해야 한다. …….”⁶²⁹⁾ 이러한 군 또는 민간 경찰의 사법공조는 군 형사절차 전반에 영향을 미친다. 다시 말해 스위스 「군형사소송법」은 군 또는 민간 경찰에게 형사절차 전반에 여러 권한을 허용하고 있다.

군 또는 민간 경찰은 군 내 경찰 전반의 업무를 담당할 수 있다. 스위스 「군경찰의 권한에 대한 명령」⁶³⁰⁾ 제3조에서는 “군대 치안을 위협하는 위험을 제거하기 위해, 군대의 질서에 대한 혼란을 진압하기 위해” 또는 긴급한 경우, 경찰 강제 조치(Les mesures policières de contrainte)⁶³¹⁾⁶³²⁾를 허용하고 있다. 게다가 「군 교통에 대한

625) 군 관련 학교 및 연수원 등의 교육기관 내 지휘관 역시 수사개시권을 갖는다.

626) 「군형사법원에 관한 명령(L'ordonnance concernant la justice pénale militaire)」 제38조.

627) “Lorsqu’une infraction relevant de la juridiction militaire a été commise, le chef exerçant le commandement au lieu de l’infraction ou un officier ou sous-officier qualifié désigné par lui prend immédiatement les mesures nécessaires afin d’empêcher la fuite du suspect, de constater les traces de l’infraction et de conserver les preuves. Au besoin, il appelle la police militaire ou civile”, 스위스 「군형사소송법」 제100조 제1항.

628) 스위스 「군형사소송법」 제100조 제1항.

629) “Les organes des polices militaires et civiles sont tenus de prêter leur concours à la justice militaire, ainsi qu’aux commandants appelés à prendre des mesures en vertu des art. 100 et suivants. Ils interviennent dans les cas urgents même sans requête préalable.”

630) L’ordonnance concernant les pouvoirs de police de l’armée.

명령」⁶³³⁾ 제76조는 군경찰에게 군 교통 관련 업무를 담당하게 하고 있다. 즉 군경찰은 군 내 사법 및 행정경찰의 역할을 담당할 수 있다. 이에 대한 법적 근거는 군 관련 여러 법률 내에 산재되어 있다.⁶³⁴⁾

예를 들어 「군형사소송법」 제54a조 제1항에 따르면 “군 또는 민간 경찰 기관은 한 개인이 죄를 범했다고 의심할 만한 점이 있을 시, 그를 붙잡아 신원을 밝히게 할 수 있고, 그와 함께 보유하고 있는 그의 차량 또는 모든 다른 물건이 수배되고 있는지를 확인할 수 있다”.⁶³⁵⁾ 또한 「군경찰의 권한에 대한 명령」 제4조는 군경찰의 강제조치에 대해 상세히 규정하고 있다.⁶³⁶⁾ 게다가 「군대 및 군 행정에 대한 연방 법률」⁶³⁷⁾ 제92조에서는 군경찰의 검문 및 체포 등 수사 전반에 대한 권한을 인정하고 있으며, 「국내 치안 유지를 대상으로 하는 조치를 제정하는 연방 법률」⁶³⁸⁾ 제22조에서는 치안유지에 대한 경찰 조치를 명시하고 있다.

이러한 군 또는 민간 경찰의 군 형사절차에 대한 참여는 비례성의 원칙에 따라 엄격히 제한된다. 스위스 「군경찰의 권한에 대한 명령(*Ordonnance concernant les pouvoirs de police de l'armée, OPoA*)」 제5조는 “모든 경찰의 강제처분은 적법한 상태(*La situation légitime*)를 유지하거나 회복하는 데에 적절한 것이어야 한다(제1항). 당해 목적을 달성하는데 필요한 정도를 초과하는 조치를 취해서는 안된다(제2항). 해당 목적에 비례하지 않는 불이익을 초래해서는 안된다(제3항)”⁶³⁹⁾고 규정하고 있다.

631) *Godel, Thierry*, “La justice militaire suisse *de lege lata*”, *Revue pénal Suisse* 3/2021, p.294.

632) “La troupe en service peut recourir à des mesures policières de contraintes pour: a. écarter des dangers menaçant la sécurité de l'armée; b. éliminer les perturbations visant l'ordre militaire; c. prendre les mesures d'urgence”.

633) L'ordonnance sur la circulation militaire.

634) *Godel, Thierry*, 앞의 논문, p.295.

635) “Les organes civils ou militaires de police peuvent, lorsqu'ils suspectent qu'une personne a commis un acte punissable, l'appréhender, établir son identité et déterminer si cette personne, son véhicule ou tout autre objet qu'elle détient sont recherchés.”

636) 각 조치에 대한 세부 내용에 대해서는 동 명령 제7조부터 제17조에 명시되어 있다.

637) La loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire.

638) La loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure.

639) “Toute mesure policière de contrainte doit être propre à sauvegarder ou à rétablir la situation légitime. Elle ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but recherché. Elle ne doit pas engendrer une situation défavorable disproportionnée

그들의 수사활동은 예심판사 등 사법기관에 의해 통제된다.⁶⁴⁰⁾

나) 복무 이외(en dehors du service)의 시간에 발생한 사건에 대해

스위스법은 복무 이외의 시간에 사건이 발생한 경우 수사개시권을 군지휘관이 아닌 군법무단장(L'auditeur en chef)⁶⁴¹⁾에게 부여하고 있다.⁶⁴²⁾ 스위스 군 형사절차상 군법무단장은 군 사법기관 및 연방정부 소속으로 그 지위를 보장받고 있다.⁶⁴³⁾ 스위스법은 군법무단장이 군 형사절차상 다양한 역할을 수행할 수 있도록 지위에 대한 독립성을 보장하고 있다.⁶⁴⁴⁾ 그럼에도 스위스 「군형사소송법」 제16조는 “군법무단장은 연방 국방, 시민보호 및 스포츠부(DDPS)⁶⁴⁵⁾의 감독 하에 군사법원을 관리한다.”⁶⁴⁶⁾고 규정하고 있다. 그는 4년 임기로 연방의회를 통해 임명된다.⁶⁴⁷⁾ 군법무단장은 군 수사절차에서도 여러 임무를 수행하고 있다.

수사상 군법무단장의 역할에 관해 살펴보면, 「군형사법원에 관한 명령」 제39조 제1항은 “불법행위가 복무 이외의 시간에 발생했을 때, 군법무단장이 증거보충수사(L'enquête en complément de preuves)나 일반수사(L'enquête ordinaire)를 명한다.”⁶⁴⁸⁾고 적시하고 있다. 이러한 복무 이외의 시간에 발생한 사건의 경우 수사의 개시는 강제성을 띤다. 동조 제2항은 군법무단장에게 수사에 대한 요청이 들어왔음에도 불구하고 이를 명령하지 않을 시, 그가 속한 ‘연방 국방, 시민보호 및 스포츠부(DDPS)’의 장에 의해 명령될 수 있다고 규정한다. 반대로 군지휘관이 증거보충수사에 이어 일반

par rapport au but recherché.”

640) Godel, Thierry, 앞의 논문, p.294.

641) L'auditeur en chef는 스위스 군사법원 전반의 사법행정을 담당하는 장으로서 역할을 수행하고 있다. 그의 군 형사절차상 권한과 조직상 지위에 비추어 ‘군법무단장’으로 의역하였다. 군법무단장의 역할에 관해, 스위스 「군형사소송법」 제16조 참조.

642) 스위스 「군형사법원에 관한 명령」 제39조.

643) Godel, Thierry, 앞의 논문, p.295; 스위스 군사법원 홈페이지 (<https://www.oa.admin.ch/fr/home.html>; 최종접속일: 2023년 9월 6일.).

644) Godel, Thierry, 앞의 논문, p.295.

645) Le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports.

646) “L'auditeur en chef administre la justice militaire sous la surveillance du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports.”

647) 스위스 「군형사소송법」 제17조 제1항.

648) “Lorsque les actes délictueux ont été commis en dehors du service, l'auditeur en chef ordonne l'enquête en complément de preuves ou l'enquête ordinaire.”

수사를 전개하지 않을 시, 군법무단장이 이를 명령할 수 있다.⁶⁴⁹⁾ 또한 그는 국경경비 대원에 의해 야기된 범죄에 대해서도 수사를 명할 수 있다.⁶⁵⁰⁾

군법무단장의 수사개시권 이외의 형사절차상 역할에 관해 살펴보면, “그는 군 검사(L'auditeur)⁶⁵¹⁾ 및 예심판사의 업무를 감독하는 역할을 수행하고 있고,⁶⁵²⁾ 이와 함께 “법원서기를 각 다른 법원에 할당하는 권한”⁶⁵³⁾ 역시 가지고 있다.⁶⁵⁴⁾ 또한 스위스 「군사법원에 대한 명령(L'ordonnance concernant la justice militaire)」 제18조 제2항은 군법무단장에게 성범죄 피해자에 대한 신문을 전개하기 위한 특별 예심판사 임명권을 인정하고 있다. 나아가 군법무단장은 수사절차를 넘어 재판절차 또는 재판 후의 절차에서도 여러 역할을 수행할 수 있다.⁶⁵⁵⁾

2) 수사의 종류

스위스 「군형사소송법」은 목적에 따라 수사의 종류를 구분하고 있다. 먼저 예비수사에 해당하는 증거보충수사(L'enquête en complément de preuve)가 실행된 후 일반수사(L'enquête ordinaire)가 전개된다. 그러나 이는 예비수사의 의무적 실행을 의미하지는 않으며, 법률이 정한 요건이 달성될 시 일반수사가 즉시 실행될 수 있다. 따라서 우선 증거보충수사에 대해 살펴본 후 어떤 경우에 일반수사가 전개될 수 있는지 검토하고자 한다.

가) 증거보충수사 (L'enquête en complément de preuve)

일반적으로 군 사건에 대한 수사는 피해자의 형사 고소가 있을 시 또는 범죄를 목격한 자의 신고가 있을 시, 복무 중 발생한 사건의 경우 군지휘관에 의해 또는 복무 이외의 시간에 발생한 경우에는 군법무단장의 명령에 의해 전개된다.⁶⁵⁶⁾ 특히

649) 스위스 「군형사소송법」 제101조 제2항.

650) 스위스 「군형사법원에 관한 명령」 제76조.

651) 'L'auditeur'는 군 형사절차에서 공소를 담당하고 있다. 이러한 그의 역할에 비추어 '군 검사'로 의역하였다; 군 검사의 역할에 관해, 스위스 「군형사소송법」 제114조 참조.

652) "Il surveille l'activité des auditeurs et des juges d'instruction."

653) "Il attribue les greffiers aux différents tribunaux."

654) 스위스 「군형사소송법」 제16조.

655) 이에 대한 세부 내용에 관해, Godel, Thierry, 앞의 논문, p.296.

656) Godel, Thierry, 앞의 논문, p.298; Sénat(Division des Études de législation comparée),

스위스법은 범죄를 목격한 모든 사람에게 범죄자를 정지시키고 근처 경찰서 또는 군 당국에 인도할 권한을 부여하고 있다. 스위스 「군형사소송법」 제54조는 이 권한을 다른 사람이 증좌나 경좌를 범하는 것을 적발했을 때 또는 이후 도주를 목격했을 때, 그리고 공개수배된 자를 발견했을 때로 한정하고 있다. 이어 동조는 긴급체포(*L'arrestation provisoire*)의 요건이 충족되지 않는 한 해당 행위에 대한 해명이 있을 시 귀가 조치시켜야 한다.

증거보충수사가 전개되기 위해서는 관련 사건이 형사절차 전 징계 또는 그 이외의 절차에서 해결되어서는 안 된다.⁶⁵⁷⁾ 특히 이는 명예에 관한 죄⁶⁵⁸⁾와 관련이 깊다. 스위스 「군형사법원에 관한 명령」 제91조에 따르면 「군형사소송법」 제101조에서 규정하고 있는 수사를 명할 권한이 있는 자는 명예에 관한 죄와 관련하여 고소를 접수 또는 거부할 수 있다. 이어 동조는 그가 수사를 명령하기 전 피해자와의 합의나 징계절차를 통해 사건이 해결될 수 있는지 검토해야 한다고 명시한다. 만일 합의나 징계절차를 통해 사건이 종결된다면 증거보충수사는 불필요하다. 명예에 관한 죄 이외 직무에 대한 위반 등 「군형법」 제180조에서 규정하는 경우 역시 마찬가지이다.

이 예비수사적 성격을 가진 증거보충수사는 일반수사의 조건에 해당하지 않는 경우에 우선적으로 행해진다.⁶⁵⁹⁾ 스위스 「군형사소송법」 제102조는 특히 다음의 경우에 증거보충수사가 이루어진다고 규정하고 있다 : “만일 증거가 수집 또는 보충되어야 할 때, 행위자가 누구인지 특정되지 않을 때 또는 사건이 혼잡하고 복잡할 때”⁶⁶⁰⁾. 이어 동조는 절차에 대한 모호성이 있는 경우에도 증거보충수사가 전개될 수 있다고 명시하고 있다. 스위스법은 불법행위가 존재하지 않음에도 증거보충수사를 할 수 있도록 규정하고 있는데, 본 수사는 “군인 또는 민간인의 사망이나 신체적 중대한 침해가 있는 경우와 함께 재산상 중대한 훼손이 있는 경우”⁶⁶¹⁾ 역시 사전적으

Série de législation comparée : La justice militaire, 2000, p.27.

657) Godel, Thierry, 앞의 논문, p.298.

658) 스위스 「군형법」 제145조부터 제148조에서 규정하고 있는 죄.

659) 스위스 「군형사소송법」 제102조.

660) “Si les preuves doivent être recueillies ou complétées, en particulier si l’auteur est inconnu et si l’affaire est confuse ou compliquée”

661) “En cas de mort ou de lésions corporelles graves de militaires ou de civils ainsi que de graves dommages à la propriété, une enquête en complément de preuves est ordonnée même si aucune infraction n’a été commise”, 스위스 「군형사소송법」 제102조.

로 실현될 수 있다. 증거보충수사를 통해 확인된 사실은 예심판사에 의해 서면으로 작성되어야 한다.⁶⁶²⁾

나) 일반수사 (*L'enquête ordinaire*)

예심판사는 스위스 「군형사소송법」 제104조에 따라 증거보충수사 종료 후 이에 대한 법적 평가 및 결과를 군 당국에 전달해야 한다. 이 결과는 다음과 같이 크게 세 가지로 구분된다: 예심판사는 “(a) 일반수사를 명하거나, (b) 징계절차에 따라 사건을 종결하거나, (c) 사건에 대한 어떠한 조치도 취하지 않도록”⁶⁶³⁾ 제한할 수 있다. 예심판사가 일반수사를 전개하도록 결과를 통지할 경우, 군지휘관은 일반수사를 명할지를 결정할 수 있다. 만일 거절할 경우, 피해자는 법원에 일반수사를 요청할 수 있고, 이에 대한 최종 판단은 군법무단장에 달려있다.⁶⁶⁴⁾

증거보충수사가 전개되지 않았을 시에도 일반수사는 군지휘관 또는 군법무단장에 의해서 전개될 수 있다. 「군형사소송법」 제103조에 따르면, “한 개인이 범죄를 범했다고 의심되고, 징계 규정이 적용되지 않을 시에는 일반수사가 명해질 수 있다”⁶⁶⁵⁾.⁶⁶⁶⁾ 일반수사의 목적은 실제 용의자가 범죄를 저질렀는지 확인하기 위함이다.⁶⁶⁷⁾ 따라서 사건에 대해 법관이 명확히 검토 및 판단할 수 있도록 모든 상황에 대한 조사가 이루어져야 하고, 수사가 전개되는 과정에서 일반 형사절차상 준수되는 기본원칙이 보장되어야 한다.⁶⁶⁸⁾ ⁶⁶⁹⁾

증거보충수사와 함께 일반수사에 대한 명령은 서면으로 내려져야 하며, 긴급한 경우에만 예외적으로 구두 명령이 허용된다.⁶⁷⁰⁾ 또한 수사는 신속하게 전개되어야

662) 스위스 「군형사소송법」 제104조 제2항.

663) “…… a. d'ordonner une enquête ordinaire; b. de régler l'affaire disciplinairement; c. de ne donner aucune suite à l'affaire ……”. 스위스 「군형사소송법」 제104조 제2항.

664) 스위스 「군형사소송법」 제104조 제3항.

665) “Lorsqu'un individu est soupçonné d'une infraction et qu'un règlement disciplinaire n'entre pas en ligne de compte, une enquête ordinaire est ordonnée.”

666) 사실 이러한 일반수사의 범위는 조문보다 더 넓게 인정된다. *Godel, Thierry*, 앞의 논문, p.300.

667) 스위스 「군형사소송법」 제103조 제2항.

668) *Godel, Thierry*, 앞의 논문, p.300.

669) 「군형사소송법」상 그 세부 내용에 관해 제52조 참조.

670) 스위스 「군형사소송법」 제105조.

하고, 비공개가 원칙이다.⁶⁷¹⁾ 필요한 경우 군 검사, 피의자 또는 피해자는 「군형사소송법」 제113조에 따라 추가적인 일반수사를 요청할 수 있고, 그렇지 않은 경우에 예심판사는 본 수사를 종료할 수 있다. 예심판사는 일반수사 종료 시 관련 서류를 군 형사절차에서 기소를 담당하는 군 검사에게 전달해야 하고, 이를 피의자 및 피해자에게도 알려야 한다.⁶⁷²⁾

나. 군 수사지휘 및 공소제기

스위스 군 형사절차에서 수사에 대한 지휘는 예심판사가 행한다.⁶⁷³⁾ 스위스 군 형사절차상 수사지휘권은 수사개시권과 구별된다. 앞서 살펴본 바와 같이 수사개시권은 복무 중에 발생한 사건에 대해서는 법률이 정한 군지휘관이, 복무 외 시간에 발생한 사건에 대해서는 군법무단장이 가지고 있다. 그럼에도 예외적으로 예심판사가 수사에 대한 지휘뿐만 아니라 수사를 명령할 수 있는 경우가 존재하는데, 이는 증거보전의 필요성 등과 같이 긴급을 요할 때 가능하다.⁶⁷⁴⁾ 이때 예심판사는 수사 개시와 관련된 서류를 군법무단장에게 송부해야 한다.⁶⁷⁵⁾

군지휘관 또는 군법무단장이 수사를 명할 시, 예심판사에게 이를 알려야 한다.⁶⁷⁶⁾ 해당 사실을 전달받은 즉시 예심판사는 스위스 「군형사법원에 관한 명령」 제41조에 따라 명령권자의 자격 및 사건의 관할권에 대해 검토해야 한다. 이때 예심판사는 자격과 관할권에 대한 적절성만 판단할 뿐이지 수사 개시 명령을 제한할 권한은 없다.⁶⁷⁷⁾ 위와 같은 검토에 이어 예심판사는 수사를 지휘한다. 수사가 진행되는 동안 군 당국은 수사지휘에 대해 어떠한 개입도 하지 못한다.⁶⁷⁸⁾ 즉 군 형사절차에서 예심판사의 수사지휘권에 대한 독립성은 보장된다.

671) 스위스 「군형사소송법」 제108조.

672) 스위스 「군형사소송법」 제112조.

673) Sénat(Division des Études de législation comparée), 앞의 자료, 2000, p.27.

674) Godel, Thierry, 앞의 논문, p.287.

675) 스위스 「군형사소송법」 제105조 제3항.

676) 스위스 「군형사법원에 관한 명령」 제41조.

677) Godel, Thierry, 앞의 논문, p.287.

678) 스위스 「군형사소송법」 제4a조 제2항.

예심판사는 수사를 지휘하기 위해 모든 민간, 행정 또는 사법기관에 필요한 정보를 요청할 수 있다.⁶⁷⁹⁾ 특히 수사는 주로 예심판사의 감독하에 군 또는 민간 경찰에 의해 전개된다.⁶⁸⁰⁾ 예심판사는 필요한 경우 「군경찰의 권한에 대한 명령」 제3조에 규정된 경찰 강제조치(*Les mesures policières de contrainte*)를 취하게 할 수 있다. 일반 형사절차와 같이 불법적으로 획득된 증거는 배척된다.⁶⁸¹⁾ 예심판사가 수사를 종료하면, 그는 군 검사에게 관련 자료를 송부해야 하고, 피의자와 피해자에게 수사 종결에 대한 사실을 알려야 한다.⁶⁸²⁾ 필요한 경우, 「군형사소송법」 제113조에 따라 군 검사, 피의자 그리고 피해자는 추가 수사를 요청할 수 있다.

스위스법은 군 형사절차상 기소권을 군 검사에 부과하고 있다. 군 검사는 공소여부를 판단해야 하고, 공소를 제기하기 위해서는 공소장을 법원에 송부해야 한다.⁶⁸³⁾ 이때 「군형사소송법」 제114조에 따라 공소장의 사본은 원고와 피고에게도 전달되어야 한다. 이후 군 검사는 공판에 참석하여 공소권자로서 그 의무를 다해야 한다.⁶⁸⁴⁾ 만일 기소가 불필요할 시, 그는 군 형사절차상 제한된 범위 내 형을 선고하거나 사건을 종결시킬 수 있다.⁶⁸⁵⁾ 이러한 예심판사와 군 검사에 의해 전개되는 수사지휘 및 기소는 군법무단장에 의해 통제된다.⁶⁸⁶⁾

5. 소결 (김대원)

미국은 항시 전 세계에서 전쟁을 수행하므로 군의 수사라는 것은 사법권의 행사로서의 성격보다는 지휘관의 지휘권 행사로서의 성격이 강하게 나타나는 것을 알 수 있다. 즉 군 내에서 비행 또는 범죄가 발생하면 지휘관에 의하여 자체적 또는 군 수사기관을 통하여 최초의 조사활동이 개시된다. 그리고 이 최초의 조사활동이 종료

679) *Godel, Thierry*, 앞의 논문, p.287.

680) 스위스 「군형사소송법」 제62조.

681) *Godel, Thierry*, 앞의 논문, p.288.

682) 스위스 「군형사소송법」 제112조.

683) 스위스 「군형사소송법」 제114조.

684) *Godel, Thierry*, 앞의 논문, p.289.

685) 군 검사에 의한 세부 형 선고 요건에 관해, 스위스 「군형사소송법」 제119조.

686) 스위스 「군형사소송법」 제16조 제2항.

되면 지휘관은 조사 결과에 따라 다양한 처분을 선택할 수 있는데, 예를 들면 ① 불처분불문조치, ② 행정상의 훈계, ③ 행정상의 징계처분, ④ 근무평정상상의 부정적 평가, ⑤ 제대권고, ⑥ 비사법적 처벌의 부과⁶⁸⁷⁾, ⑦ 형벌부과 등이 있다. 이러한 처분 중 형벌부과에 대해서만 군법회의에 회부되고 나머지 처분은 자체 종결되는 것이다.

군법회의에 회부되지 않는 처분은 결국 군 내에서의 비행 또는 범죄에 대한 최종적 판단을 법관이 아닌 지휘관(CA)의 결정에 의하여 종결처리 하는 것으로 민간 범죄에 대하여는 사법부의 판단에 의해서만 종결되도록 한 점과 가장 큰 차이점을 보인다고 할 수 있다.

독일의 경우, 군사재판에서도 선진적으로 인권을 보장하고 있다고 평가된다. 「헌법」에서 군사법원이 설치될 수 있는 근거를 규정하고 있음에도 실제로는 군사법원을 설치하지 않고 일반법원에서 군사재판을 담당하고 있으며, 단지 군무법원(*Truppendienstgericht*)을 두고 이곳에서 군인의 징계절차 등을 담당하고 있다. 이에 군 수사절차도 일반 형사사건과 마찬가지로 경찰과 검찰에서 담당하고 있다.

프랑스 군 수사절차는 크게 평시와 전시로 구별된다. 먼저 평시에는 군사법원이 존재하지 않기에 군 사건에 대한 전반의 수사절차는 일반 형사절차와 크게 다르지 않다. 수사는 군사경찰관에 의해 전개된다. 그는 일반경찰관과 같이 수사활동을 통해 증거를 수집하고, 이를 바탕으로 조서를 작성한다. 이어 군사경찰관은 공소제기를 위해 검사에게 사건 자료를 송부해야 한다. 군 헌병 역시 제한된 범위 내에서 수사활동을 전개할 수 있다. 그의 수사활동은 예비수사 범위 내로 한정된다. 이러한 수사는 프랑스 「군사법원법」에서 규정되어 있으며, 이는 다수 일반 형사소송법 규정을 차용하고 있다.

프랑스에서 수사지휘는 검사에 의해 전개된다. 프랑스에서는 군검찰이 따로 존재하지 않는다. 이러한 이유에서 일반 검사가 수사지휘 및 기소를 담당한다. 프랑스 검찰 내부에는 군 사건 전문 부서가 존재한다. 해당 부서 내 군 사건을 담당할 검사는 국방부장관에 의해 지정될 수 있고, 국방부장관은 기소에 대한 의견 역시 전달할 수 있다. 예심판사 역시 군 사건에 대한 수사를 지휘할 수 있다. 프랑스에서는 여전히 예심판사가 존재한다. 예심개시 이후 수사지휘는 예심판사가 맡으며, 그는 제한된

687) UCMJ, Art. 15.

범위 내에 군사경찰관에게 위임수사를 지시할 수 있다. 군 사건 담당 검사 또는 예심판사에 의해 수사가 지휘되더라도 군사시설 내에서의 수사는 장소적으로 제한된다. 그들은 군사시설 내에서 수사를 전개할 시 사전에 군 당국의 허가를 받아야 한다. 이와 같은 군 사건에 대한 수사지휘 관련 「군사법원법」의 규정 역시 다수 프랑스 일반 「형사소송법」 규정을 차용하고 있다.

전시의 경우 평시와 달리 군사법원이 설치된다. 이 경우 프랑스법은 국방부 장관에게 더 많은 사법적 권한을 부여하고 있다. 전시의 군 수사는 군사경찰관에 의해 전개된다. 군사경찰관의 자격은 평시와 동일하다. 수사지휘 및 공소에 관해서는 정부위원이 그 기능을 담당한다. 정부위원은 기소에 필요한 모든 조치를 취할 수 있다. 또한 전시에도 예심절차가 존재한다. 예심은 평시와 같이 예심판사가 담당한다. 그는 필요시 군사경찰관 등에게 위임수사를 전개하도록 할 수 있다.

이러한 프랑스 군 수사절차에 관한 검토는 한국 군 수사절차에 있어 여러 시사점을 제공해준다. 먼저 프랑스에서는 군검찰이 따로 존재하지 않는다. 수사의 지휘는 일반 검사가 담당하고, 예심절차에 있어서는 예심판사가 담당한다. 이러한 구조는 수사지휘에 대한 독립성과 공정성을 강화시킨다. 설사 군 특수성을 보장하기 위해 국방부장관이 수사 담당 사법관을 지정할 수 있는 권한이 있더라도, 검사와 예심판사는 그 소속이 다르기에 군 당국의 사법절차에 대한 개입을 막을 수 있다. 또한 수사에 의한 군 기밀 노출 우려에 대해, 프랑스법은 군사기관에서의 수사가 필요한 경우 사전에 허가를 받도록 하고, 군 당국 대리인을 동행하도록 규정하고 있다. 따라서 현재 한국 군 수사절차에서 군검찰에 대한 독립성 관련 문제가 여전히 제기되고 있는 시점에, 프랑스 군 수사절차는 좋은 참고자료가 될 수 있다. 이와 함께 군 헌병에 대한 제한적 수사권한의 허용, 전시 군사법원의 설치 및 정부위원의 존재 등 역시 흥미로운 부분이다.

스위스에서 군 수사는 복무 중에 사건이 발생한 경우 군지휘관에 의해 개시된다. 지휘관이 지정한 장교나 부사관은 필요시 적절한 조치를 취할 수 있다. 또한 그는 스위스 「군형사소송법」에서 규정하고 있는 사법공조에 근거하여, 군 또는 민간 경찰에게 수사를 요청할 수 있다. 군 또는 민간 경찰은 군 관련 치안업무부터 강제수사까지 전반의 경찰업무를 수행할 수 있다. 이러한 경찰 수사는 비례성의 원칙이 준수되는

범위 내에서 허용된다. 반면 복무 이외의 시간에 사건이 발생한 경우 수사개시권은 군법무단장이 가진다. 그는 전시에 형사절차에서 여러 업무를 수행하는데, 특히 군 사건과 관련된 수사를 군 당국이나 군 또는 민간 경찰에게 요청할 수 있다.

스위스 군 형사절차상 수사는 증거보충수사와 일반수사로 나눌 수 있다. 먼저 증거보충수사는 예비수사로 증거수집이나 증거보충 또는 행위자가 특정되지 않을 시 피해자의 고소 또는 범죄 목격자의 신고로 실행된다. 이 증거보충수사는 실행되기 위해 관련 사건은 징계절차로 해결되지 않아야 되고, 일반수사의 실행조건에 해당되지 않아야 한다. 일반수사는 증거보충수사에 이어 또는 즉시 실행될 수 있다. 「군형사소송법」 제103조는 “한 개인이 범죄를 범했다고 의심되고, 징계 규정이 적용되지 않을 시에는 일반수사가 명해질 수 있다”고 규정하고 있다.

스위스 군 사건에 대한 수사는 예심판사에 의해 지휘된다. 형사절차상 예심판사의 수사지휘권에 대한 독립성은 보장된다. 예심판사는 수사에 필요한 조치를 취할 수 있다. 수사는 예심판사의 지휘하에 군 또는 민간 경찰에 의해 실현된다. 예심판사는 법률에 규정된 강제수사를 전개할 수 있다. 수사가 종료되면 그는 공소권을 가진 군 검사에게 관련 자료를 송부해야 하고, 군 검사는 기소여부를 검토하여 관할 법원에 공소를 제기해야 한다.

이러한 스위스 군 수사절차에 대한 검토는 여러 시사점을 제공해 준다. 먼저 스위스 군 사건 관련 수사는 예심판사에 의해 지휘된다. 앞서 살펴본 바와 같이 예심판사의 지위와 권한에 대한 독립성은 법적으로 보장된다. 즉 스위스 군 당국은 예심판사의 수사지휘에 개입할 수 없다. 이 점은 군형사절차상 검사의 역할을 맡고 있는 군 검사에 대해서도 마찬가지이다. 반면 한국의 경우 군 당국의 지휘를 받는 군검찰이 수사지휘 및 공소제기를 모두 담당하고 있다. 따라서 스위스법상 예심판사의 수사지휘권과 군 검사의 공소권의 구분은 한국법상 군검찰의 독립성 강화에 좋은 참고자료가 될 수 있다. 또한 스위스에서 군 사건 관련 수사는 다수 군 또는 민간 경찰의 사법공조에 의해 전개된다. 특히 군경찰은 한국과 달리 군 당국에 속하지 않는다. 이러한 스위스 수사기관의 구조는 수사의 중립성을 더욱 강화시켜준다. 이외 연방정부에 대한 군법무단장의 통제 및 복무 여부에 따른 수사권한의 구별 등 역시 흥미로운 부분이다.

제5절 | 소결

최근 군은 군 사법제도에 대한 국민적 신뢰를 회복하고 피해자의 인권보장과 사법 정의의 실현이라는 헌법적 가치를 구현하기 위하여 군 사법절차에 대한 개혁을 단행했다. 예컨대 성폭력범죄, 군인 등의 사망사건 관련 범죄 및 군인 등이 그 신분취득 전에 저지른 범죄에 대해서는 군사법원의 재판권에서 제외하여 일반 법원이 재판권을 행사하도록 하였다. 또한 수사의 공정성 및 군검찰의 독립성을 확보하기 위하여 국방부장관 및 각 군 참모총장 소속으로 검찰단을 설치하며 관할관 및 심판관 제도를 폐지하고 군검사가 구속영장을 청구할 때 부대의 장의 승인을 받도록 한 제도를 폐지하는 한편 각종 근거규정의 부재로 혼선을 빚고 있던 군 수사절차에 근거규정 등을 제정하는 등의 노력을 기울였다. 이러한 노력을 통하여 군 장병의 재판받을 권리와 군조직의 특수성이 조화된 사법체계를 확립하는 동시에 군 사법제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완했던 것이다.

이러한 변화 속에서 군 수사절차상 민간 영역과 대등한 피의자 또는 피해자 보호제도가 운영되고 있다고 판단된다. 그러나 어떠한 제도가 효과를 나타내기 위해서는 형식적으로 제도를 구비했다는 것만으로는 충분하지 않으며 실질적으로 어떻게 운영되는가의 여부가 더 중요하다고 말할 수 있다.

군 사법제도에 대한 많은 개선을 진행한 현재의 상황에서도 군 검사나 군사법경찰에 대한 독립성 보장에 대하여는 아직도 문제를 제기하는 많은 견해들이 있다. 따라서 군 수사절차에서 지휘관의 실질적 개입으로부터 어떻게 수사를 독립적으로 운영하는지가 더 중요할 것이다. 이를 위해서는 현재의 군 수사체계에 경찰청 국가수사본부와 같은 체계를 도입하는 방안이 합리적이라고 판단된다.

피해자와 유가족을 위한 국선변호사 제도도 형식적으로는 민간영역보다 광범위하게 운영되어 피해자와 유가족의 인권을 보장하고 있지만 이 제도의 실질화를 위해서는 피해자와 유가족을 위한 국선변호사에서 군법무관을 제외하는 것이 군에 대한 신뢰를 더 높이는 방안이라고 판단된다.

제 7 장

공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

군사재판절차의 문제점과 개선방안

김 정 환

제7장

군사재판절차의 문제점과 개선방안

제1절 | 재판의 독립성 확보

1. 관할관과 심판관의 폐지

가. 관할관

관할관이라는 용어는 1962년 「군법회의법」에서 처음으로 사용되었는데, 관할관은 해당 군사법원의 행정사무를 관장하던 사람으로서(「(구)군사법원법」 제8조) 1946년 「조선경비법」에서는 군지휘관이 재판권을 행사하였다. (구)고등군사법원의 관할관은 국방부장관으로 하였고, (구)보통군사법원의 관할관은 그 설치되는 부대와 지역의 사령관, 장 또는 책임지휘관으로 하였다(「(구)군사법원법」 제7조). 관할관은 군사법원의 행정사무를 지휘·감독하며, 일정 사건에서 심판관을 재판관으로 임명하는 권한을 가지고 있었다. 그리고 관할관은 “형이 과중하다고 인정할 만한 사유가 있을 때는 피고인이 작전, 교육 및 훈련 등 업무를 성실하고 적극적으로 수행하는 과정에서 발생한 범죄에 한정하여 선고된 형의 3분의 1 미만의 범위에서 그 형을 감경”할 수 있는 권한(「(구)군사법원법」 제379조 제1항)도 가지고 있었다. 「군형법」에 규정된 법정형이 매우 높게 규정되어 있는 상황에서 양형의 합리성을 도모하기 위한 점 및 평시에도 지휘관 중심으로 군내 구조가 이루어져야 전시까지 지휘관의 지휘권을 확보할 수 있다는 점이 관할관 제도의 존재 이유이었다.⁶⁸⁸⁾

688) 한석현·이재일, “군사법원법상 관할관·심판관제도 개선방안”, 『국회입법조사처 현안보고서』, 제191호(2013.4.), 국회입법조사처, 2013, 18면.

관할관 제도의 존재는 군사재판을 사법기능으로 이해하기보다는 군의 특수성을 강조하여 군사재판도 군 지휘권의 연장선에서 이해해 온 것을 나타낸다.⁶⁸⁹⁾ 관할관 제도는 형사재판에 군지휘관이 개입하여 사법권 독립을 침해하는 것으로서 그 제도의 폐지가 지속적으로 논의되었고, 특히 2014년 「군사법원법」 개정을 통해 군 사법제도의 개혁이 시도되었음에도 관할관과 심판관제도는 폐지되지 않았다. 특히 선고된 형을 감경할 수 있는 관할관의 확인조치권은 법관에 의해 재판을 받을 권리를 침해하는 것이라고 비판되었고,⁶⁹⁰⁾ 관할관의 개인 성향에 따라 양형상의 불균형을 초래하게 되어 자의적 권한 행사의 위험성이 부각 되었다.⁶⁹¹⁾

정부는 2018년 “장병의 헌법상 권리와 인권을 실질적으로 보장하고 군 사법개혁에 대한 시대적 요구에 부응”하기 위하여 ‘국방개혁 2.0의 개혁안’을 발표하였다.⁶⁹²⁾ 국방개혁 2.0에는 평시 관할관의 확인조치권과 심판관제도의 완전 폐지가 계획되어 있었다.⁶⁹³⁾ 관할관의 권한은 「군사법원법」의 개정 시마다 축소되었고, 결국 2021년 「군사법원법」 개정에서 관할관 제도는 폐지되었다.

나. 심판관

심판관은 군판사와 함께 군사재판의 재판관 역할을 하던 사람으로서(「(구)군사법원법」 제22조 제3항) 영관급 이상의 장교 중에서 관할관이 임명하였다(「(구)군사법원법」 제24조 제1항). (구)보통군사법원에서는 관할관이 지정한 사건의 경우에 군판사 2명과 심판관 1명을 재판관으로 하였다(「(구)군사법원법」 제26조 제1항). 심판관제도는 군판사의 수가 많지 않던 과거 시절에 피고인보다 군판사의 계급이 낮은 상황을 개선하려는 취지 및 법적 이론에 치우쳐 군의 특수성 등을 고려하지 못할 우려 속에서 군사재판의 합리적 운용이라는 목적을 위해 도입되었다.⁶⁹⁴⁾

689) 김환학, 『군사법원의 독립성에 관한 헌법적 고찰』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2016, 1면.

690) 박혜딤, “군사법제도의 현황과 개선방안”, 『아주법학』, 제12권 제1호(2018.5.), 아주대학교 법학연구소, 105면.

691) 한석현·이재일, 앞의 보고서, 37면.

692) 정정균·박철·박상재, 앞의 논문, 113면.

693) 정정균·박철·박상재, 앞의 논문, 116면.

694) 한석현·이재일, 앞의 보고서, 47면.

이처럼 법관이 아닌 일반 장교인 심판관이 군의 특수성을 근거로 하여 군사재판에서 직접적으로 판결에 참여해 왔는데, 심판관제도는 재판의 공정성 및 신뢰성에 문제가 있고 「헌법」에서 보장되는 법관에 의한 재판을 받을 권리(제27조 제1항)에 반한다는 비판을 받았으며,⁶⁹⁵⁾ 그 제도의 폐지가 논의되어 오다가 관할관과 마찬가지로 2021년 「군사법원법」 개정에서 폐지되었다.

다. 소결

군사재판에 있어서 2021년 「군사법원법」 개정 이전까지 관할관과 심판관이 군사재판 제도의 주요한 특징으로 존재하면서, 군사재판의 가장 큰 문제점으로 지적되었던 것이 관할관제도와 심판관제도였다. 이것은 군사법원의 독립성에 대한 중대한 제한으로 비판받았는데,⁶⁹⁶⁾ 2021년 「군사법원법」 개정에서 폐지되었다.

군사재판에서 관할관과 심판관이 필요한 이유를 군의 특수성, 즉 국가안전보장과 국토방위의 임무를 수행하는 군은 평시에도 엄격한 지휘명령 체계가 작동하며 군기의 유지가 중요하고 근무 시간과 근무지가 일반적인 사회생활과는 다른 특성에서 찾았다. 즉 군 지휘권 확립과 군사 범죄에 대한 정확한 심판을 위해서는 지휘관이 관할관으로 인사권을 가지며 군사전문가인 일반장교를 군사재판에 참여시켜야 하고, 전시에도 군 사법체계를 유지하기 위해서는 평시에도 사전에 조직되어야 있어야 한다는 것이었다.⁶⁹⁷⁾ 수사, 소방 등 각종 특수한 위험 업무를 수행하는 직종들에서 발생한 사건도 일반적 재판절차에 따라 형사법원에서 재판이 진행되고 독립성이 보장된 법관이 재판을 담당하는데, 유독 군의 업무에서 법관에 의한 재판을 받을 권리를 제한할 수 있다는 논거는 북한과 대치하는 한국의 특수한 상황에서도 찾을 수 있었다.

그러나 이러한 논거로 법관에 의한 재판을 받을 기본권과 사법부의 독립성을 제한하는 것은 타당하다고 볼 수 없다. 군사법원의 성격을 사법부의 한 부분으로서 특별법원으로, 즉 사법기능으로 보아야 하는 것이지, 군통수권의 보조기능으로 이해할 수

695) 박혜림, 앞의 논문, 107면.

696) 김정수, “군 사법제도 개혁과 헌법적 의미에 대한 소고”, 『연세법학』, 제38호(2021.12.), 연세법학회, 96면.

697) 이세주, “헌법상 재판을 받을 권리와 군 사법제도에 대한 헌법적 검토”, 『헌법학연구』, 제19권 제1호(2013.3.), 한국헌법학회, 278면 참조.

없기 때문이다.⁶⁹⁸⁾ 군사법원이 특별법원인 것은 「헌법」의 규정에서 찾을 수 있는데,⁶⁹⁹⁾ 군사법원을 규정하고 있는 「헌법」 제110조는 대통령과 행정부를 규정한 제4장에 포함된 것이 아니라 사법권을 규정한 제5장에 포함되어 있고 군사법원의 상고심을 대법원으로 하고 있다.

비록 전쟁 등 비상 상황에서는 군인 등의 사건에 대해서 일반적인 형사절차를 따라 재판이 이루어지도록 하는 것이 현실적으로 어렵기에 「헌법」 제110조 제4항에서도 비상계엄 상황의 군사재판에서의 예외를 인정하고 있지만, 전시가 아닌 평시에서까지 전시를 대비하여 형사재판에 있어서 법관의 독립성이 침해되고 법관에 의한 재판을 받을 권리가 침해되는 제도를 유지할 실효성은 정당화되기 어렵다고 본다. 1950년 한국전쟁과 북한의 존재라는 특수한 상황으로 유지되었던 관할관과 심판관제도가 전후 70년이 다 되어가는 2021년에 폐지된 것은, 사법의 독립성과 국민의 기본권보장이라는 대한민국의 기본원칙에 부합되는 것으로 볼 수 있다.

군사재판에서 군의 특수성은 고려될 수 있지만, 이것은 사법의 독립성과 법관에 의해 재판을 받을 권리를 침해하지 않는 방법, 예를 들어 일반 장교의 전문심리위원 활용 등으로 군사재판에 반영되도록 보완할 수 있고,⁷⁰⁰⁾ 그렇게 하는 것이 바람직할 것이다.

2. 군판사의 독립성

가. 군사법원 재판관의 변천

대한민국 정부수립 이전 미군정청 주도로 작성된 「국방경비법」에 따라 군사재판이 시작되었는데, 당시 「국방경비법」에는 군사재판에 관한 규정을 두지 않았고 1948년 제정된 「국군조직법」 제20조에서 군법회의가 군사재판의 근거로 규정되었다.⁷⁰¹⁾ 이

698) 국회도 군사법원을 특별법원으로 본다(유인규, “군사법원법 일부개정법률안(이탄희의원 대표 발의, 의안번호 제2118836호) 검토보고”, 2023.05, 5-6면).

699) 군사법원의 헌법상 근거의 변천에 관해서는 강태경·최영신·송윤진·임태훈·김형남·조규석, 『형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(III): 형사법원의 인권보장역량 평가』, 한국형사정책연구원, 2020, 174면 이하 참조.

700) 군사재판에서 전문심리위원의 활용에 대해서는 뒤의 전문심리위원 내용 참조.

701) 류지용·김호, “군사법원의 독립성과 관할 문제에 관한 연구”, 『비교법연구』, 제21권 제3호

후 1962년 「국군조직법」이 「군법회의법」으로 개정되었고, 「군법회의법」은 1988년 「군사법원법」으로 다시 개정되었다. 군판사 1명과 심판관 2명이 진행하던 군사재판은 1994년 「군사법원법」 개정에서 군사재판을 군판사 2명과 심판관 1명의 재판관이 담당하도록 변경되었고, 구속영장의 발부권자도 관할관에서 군판사로 변경되었다.⁷⁰²⁾ 2021년 개정 「군사법원법」은 “군 사법제도 개혁을 통한 사법의 독립성과 군 장병의 공정한 재판을 받을 권리를 실질적으로 보장”하기 위한 목적에서 관할관 및 심판관제도를 폐지하였다.⁷⁰³⁾

2021년 개정된 현행 「군사법원법」에서는 군사법원의 재판관은 헌법과 법률에 의거한 양심에 따라 독립하여 심판함을 명시하고 있으며(제21조 제1항), 군사법원의 재판관은 군판사 3인으로 구성된다(제22조 제1항). 이에 따라 군사재판은 군판사 3명으로 구성된 합의부에서 한다(「군사법원 조직 및 인사에 관한 훈령」 제5조 제1항). 그리고 군판사는 군법무관으로 10년 이상 복무한 영관급 장교 중에서 군판사인사위원회의 심의와 군사법원운영위원회의 동의를 받아 국방부장관이 임명하며(「군사법원법」 제23조 제1항, 제24조 제2항), 국방부에 소속된다(동법 제23조 제2항). 군법무관의 자격은 「군법무관 임용 등에 관한 법률(군법무관법)」 제3조에 규정하고 있는데, ① 군법무관 임용시험에 합격하여 사법연수원의 정하여진 과정을 마친 사람, ② 판사, 검사 또는 변호사 자격이 있는 사람, ③ 사법시험에 합격하여 사법연수원의 정하여진 과정을 마친 사람 중 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 임용한다.

나. 군판사의 신분상 독립성

이처럼 현재는 국방부 소속의 군인 신분인 군판사가 군사재판을 담당하도록 하고 있는데, 군사재판의 재판관을 현재와 같이 할 것인지 그렇지 않고 일반법원의 판사가 담당하도록 할 것인지가 재판의 공정성과 연결되어 논의될 수 있다. 현행 「군사법원법」은 각군참모총장의 영향력을 배제하고 재판관의 독립성을 제고하기 위하여 군판

(2021.12.), 동국대학교 비교법문화연구소, 137면.

702) 류지웅·김호, 앞의 논문, 138면.

703) 법제처 국가법령정보(<https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=235547&lsId=&efYd=20220701&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR&ancYnChk=0#>; 최종접속일: 2023년 9월 3일).

사를 육·해·공군에 소속시키지 않고 국방부에 소속시키고 있는데, 이 경우에도 국방부장관이 군판사에게 영향력을 미칠 수 있어 사법권의 독립성에 대해서 의문이 제기될 수 있다.⁷⁰⁴⁾

군판사를 국방부에 소속시킬 것인지 그렇지 않을 것인지는 군사법원의 존치 및 재판권의 문제와도 연결되는데, 군사법원을 별도로 설치하지 않고 일반법원에서 군사재판을 담당한다면 군사재판 역시 국방부 소속의 군인 신분의 군판사가 아닌 일반법원의 판사가 담당하게 될 것이다. 하지만 현재 군사법원이 별도로 존재하며, 「군사법원법」에서는 군사법원의 재판권을 제1심의 경우에 인정하면서 제1심 군사재판에서도 군인 등의 성폭력 범죄, 사망사건의 원인이 되는 범죄 및 군인 등의 신분을 취득하기 전에 저지른 범죄에 대해서는 군사법원의 재판권에서 제외하고 그 외의 사건에 대해서만 군사법원의 재판권을 인정하고 있다(「군사법원법」 제2조 제2항).

군사법원의 존치 및 재판권과 관련된 논의를 차치하고 군사법원이 존재하는 현실에서, 국방부 소속의 군사법원을 설치하는 것이 재판의 독립성 측면에서 타당하기 위해서는 군사재판을 담당하는 군판사에 대한 국방부장관 등의 영향력이 최소화되어야 하는 것이 중요하다.⁷⁰⁵⁾ 즉 일정한 범위에서 국방부 소속의 군사법원을 운영하는 현 상황에서는 군사법원의 독립성을 확보할 수 있도록 군판사의 독립성을 확보할 수 있는 제도가 마련되어야 한다. 이 점을 고려하여 「군사법원법」에서는 군판사의 임용자격(제24조), 군판사의 결격사유(제25조), 군판사의 임기·연임·정년 및 군판사의 군사법원 외의 직위 보직 제한(제27조, 제27조), 군판사의 직위 해임(제28조), 군판사의 징계(제29조), 군판사의 전역(제30조) 등을 규정하고 있다. 또한 「군사법원법」에서는 국방부장관의 군판사 임명과 연임에 있어서 군판사 1명·대법원장이 추천하는 법관 1명·법무부장관이 추천하는 검사 1명·대한변호사협회의 장이 추천하는 변호사 1명·한국법학교수회 회장과 법학전문대학원협의회 이사장이 각 1명씩 추천하는 법학교수 2명·각 군 참모총장이 각 1명씩 추천하는 장교 3명·각계 전문 분야에서 경험이 풍부한 사람으로서 변호사의 자격이 없는 사람 2명(이 경우 1명 이상은 여성)으로 구성되는 ‘군판사인사위원회’의 심의와 국방부장관(위원장)·국방부장관이 지정하는

704) 이현정, 앞의 논문, 144면.

705) 박병욱·유주성, 『군사망 사고 관련 조사, 사법제도 등 개선연구』, 군사망사고진상규명위원회 보고서, 2021, 100면.

변호사 자격이 있는 고위공무원 1명·군사법원장 5명 및 육·해·공군 법무병과장 3명으로 구성되는 '군사법원운영위원회'의 동의를 받도록 규정하고 있다(제4조의2 제2항, 제22조의2 제4항, 제23조 제1항, 제27조 제1항).

다. 소결

국방부 소속의 군인인 군판사가 군사재판을 담당하는 상황에서 군사재판을 담당하는 군판사의 독립성을 확보하기 위한 제도적 보장 수단을 「군사법원법」에 규정하고 있지만, 이에 대한 보완의 필요성이 존재한다.

첫째, 군판사의 임기와 정년이 일반법원 판사의 임기와 정년보다 짧게 규정되어 있다는 점이다. 일반법원 판사의 임기는 10년이고 정년은 65세로 되어 있는데(「법원조직법」 제45조 제2항, 제3항), 군판사의 임기는 5년이고 정년은 56세로 되어 있다(「군사법원법」 제26조 제2항, 제3항). 「군사법원법」에서 군판사의 임기와 정년을 일반법원 판사의 임기와 정년보다 낮게 규정한 것은 「군인사법」 제8조 제1항 제1호에서 대령의 정년을 56세로 규정한 것을 고려하여 군사법원장이 아닌 군판사의 경우는 최상 계급을 대령의 정년으로 가정하고 이에 따라 군판사의 임기도 5년으로 입법한 것으로 생각된다. 이것은 군판사의 업무의 독립성보다는 군인의 계급이라는 신분상 직급을 우선시한 것이라고 할 수 있으며, 군사재판의 독립성을 충분히 보장한다고 할 수 없다. 군판사의 신분보장을 강화하기 위해서는 군판사의 정년을 군인의 계급에 따라 규정하는 것이 아니라 일반법원 판사의 정년과 대등하게 규정하는 것이 바람직할 것이다.⁷⁰⁶⁾

둘째, 군사법원운영위원회의 구성에 있어서 국방부장관의 영향력이 과도한 점이다. 군판사의 업무 독립성을 보장하기 위해서는 군판사의 임용과 연임을 관장하는 군판사 인사위원회와 군사법원운영위원회의 구성 및 운영에 있어서 국방부로부터의 영향을 최소화하는 것이 필요한데, 군판사인사위원회의 경우는 바람직하게 위원의 과반수를 교수, 판사, 검사, 변호사 등 민간인으로 구성하도록 하고 있다. 그렇지만 군사법원운영위원회의 경우는 위원의 대부분이 국방부와 육·해·공군에 소속되어 있으며 국방부

706) 2018.7.27. 발표된 국방개혁 2.0의 개혁안에서는 군판사의 신분보장을 강화하기 위해 정년을 60세로 보장하는 방안을 포함하였다(정정균·박철·박상재, 앞의 논문, 117면).

장관을 위원장으로 규정하고 있는 점에서 군판사의 독립성에 의문을 품게 된다. 군판사의 임명 및 연임 동의에 대한 심의·의결권을 가진 군사법운영위원회는 위원장(국방부장관)을 포함한 위원 10명 중 국방부에 소속되지 않은 외부인사는 1명에 불과하고 그 1명의 외부인사도 국방부장관이 지정하게 되어 있기 때문이다(「군사법원법」 제4조의2 제1항, 제2항). 군판사의 임명·연임에 대한 동의뿐만 아니라 군사법원규칙의 제·개정, 심의·의결 등을 담당하는 군사법원운영위원회의 위원 모두가 국방부장관의 영향을 받는 인사로 구성된 점은 군판사 독립성의 보장과는 배치된다.

제2절 | 군사재판 공판절차의 개선

1. 국선변호인 제도

가. 군사재판에서 국선변호인 규정

형사재판에서 사선변호인을 선임하지 못한 피고인을 위하여 법원이 국가의 비용으로 변호인을 선정해 주는 국선변호인 제도는 「헌법」 제12조 제4항에서 기본권으로 보장하고 있다. 「군사법원법」에서도 국선변호인 제도를 구체화하고 있는데, 피고인에게 변호인이 없는 모든 군사재판(즉결심판의 경우 포함)에서 제1심 군사법원과 상소법원은 직권으로 변호인을 선정하도록 하고 있으며(제62조 제1항), 공판준비기일이 지정된 사건에서도 변호인이 없을 때 군사법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다(제309조의8 제4항).

군사재판에서 국선변호인의 자격과 관련해서 2021년 이전에는 변호사 또는 변호사 자격이 있는 장교를 변호인으로 선정하기 어려운 경우는 법에 관한 소양이 있는 장교를 변호인으로 선정할 수 있도록 하였는데(「(구)군사법원법」 제62조 제2항 단서), 2021년 「군사법원법」 개정 이후에는 변호사 자격이 없는 일반 장교의 국선변호인 선임제도를 폐지하였다. 현재는 해당 사건에 관여하지 않은 변호사나 변호사 자격이 있는 장교 또는 군법무관시보 중에서 국선변호인을 선정하는데(「군사법원법」 제62조 제2항), 구체적인 내용은 「군사법원 조직 및 인사에 관한 훈령」⁷⁰⁷⁾에서 규정하고 있다. 「군사법원 조직 및 인사에 관한 훈령」을 보면, 법원장은 각 재판부마다 변호사 또는 군법무관 중 국선변호인 예정자를 2명 이상 확보하여 그 명부를 작성 및 유지하도록 하고 있으며(「군사법원 조직 및 인사에 관한 훈령」 제19조 제1항), 각 군사법원 국선변호부 소속으로 국선변호 업무를 전담으로 하는 군법무관(국선변호 전담 군법무관)을 두도록 하고 있으며(「군사법원 조직 및 인사에 관한 훈령」 제21조 제1항), 피고인에게 해당 군사법원의 국선변호인 예정자 명부를 열람하게 하여 국선변호인을 선택할 기회를 주도록 하고 있다(「군사법원 조직 및 인사에 관한 훈령」 제22조 제1항).

707) 국방부훈령 제2767호, 2023.2.1. 시행.

이에 따라 각 군사법원에서는 변호사와 변호사 자격이 있는 군법무관으로 구성된 국선변호인 예정자 명부를 운영하고 있으며, 피고인에게 국선변호인 선택의 기회를 부여하고 있다. 2023년 9월을 기준으로 보면, 중앙지역군사법원의 경우 50명, 제1지역 군사법원의 경우 36명, 제2지역군사법원의 경우 36명, 제3지역군사법원의 경우 13명, 제4지역군사법원의 경우 34명 등 총 169명이 국선변호인으로 활동하고 있다.⁷⁰⁸⁾

나. 군사재판에서 국선변호인 현황

군사재판 피고인의 다수를 차지하는 병사나 초급간부는 나이가 20대 초중반이어서 법률 지식이나 소송 경험이 적으며 경제적으로도 사선변호인을 선정하기 어려운 경우가 많아, 이들이 군사재판의 피고인이 되면 국선변호인의 필요성이 높다고 한다.⁷⁰⁹⁾ 이에 일반 형사사건의 경우에는 법원이 직권으로 국선변호인을 선정해야 하는 경우를 제한하고, 피고인의 권리보호를 위하여 필요하다고 인정되는 때에도 피고인의 명시적 의사에 반하지 않는 범위에서 국선변호인을 선정할 수 있도록 규정된 것(「형사소송법」 제33조)과 달리, 군사재판에서는 국선변호인의 선정 대상 사건을 모든 사건으로 규정하고 있다(「군사법원법」 제62조 제1항). 이처럼 국선변호인의 대상 사건의 범위를 넓게 규정하는 것은 헌법상 기본권인 국선변호인의 조력을 받을 권리(「헌법」 제12조 제4항 단서)를 충실하게 반영하는 것으로서 긍정적으로 평가할 수 있다. 이와 관련하여 군사법원 스스로는 “피고인의 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 보장된다”고 평가하고 있다.⁷¹⁰⁾

일반 형사재판에서 국선변호인 선임 비율과 군사재판에서 국선변호인의 선임 비율을 비교해 보면, 2020년 제1심 일반 형사공판사건의 경우에 전체 피고인 244,988명 중 사선변호인을 선임한 피고인은 55,015명이고 국선변호인을 선임한 피고인은 81,933명이다.⁷¹¹⁾ 일반 형사공판사건의 1심에서 변호인이 선임된 사건 중 국선변호인이

708) 군사법원 홈페이지, “국선변호인 인적사항”(https://mcourt.mil.kr/user/indexSub.action?codyMenuSeq=182992377&siteId=hcaf&menuUIType=sub; 최종접속일: 2023년 9월 18일).

709) 강태경·최영신·송윤진·임태훈·김형남·조규석, 앞의 보고서, 257면.

710) 군사법원 홈페이지, “국선변호인제도 소개”(https://mcourt.mil.kr/user/indexSub.action?codyMenuSeq=70126&siteId=hcaf&menuUIType=top; 최종접속일: 2023년 8월 14일).

711) 법원행정처, 『사법연감 2021』, 2022, 652면.

선임된 사건은 약 59.8%이다. 반면 2021년 군사재판 공판사건의 경우에 전체 피고인 1,216명 중 사선변호인을 선임한 피고인은 728명이고 국선변호인을 선임한 피고인은 488명으로, 군사재판 공판사건에서 국선변호인이 선임된 사건의 비율은 약 40%로 일반 형사공판사건의 경우보다 낮은 비율을 나타낸다.⁷¹²⁾

형사재판과 군사재판의 국선변호인 선임 현황을 정리하면, 제1심 일반 형사공판의 경우는 사선변호인을 선임한 경우보다 국선변호인을 선임한 경우가 많았지만, 군사재판의 경우는 국선변호인을 선임한 경우보다 사선변호인을 선임한 경우가 많았다. 특히 2021년 군사재판에서 국선변호인을 선임한 피고인 488명 중 변호사를 국선변호인으로 선임한 경우는 111명이고 나머지 377명은 군법무관을 국선변호인으로 선임하였다.⁷¹³⁾

다. 군사재판에서 국선변호인 제도의 평가

군사재판의 공판단계에서 국선변호인제도는 다음과 같은 특징이 있다. 첫째, 국선변호인 선정의 범위와 관련해서 일반 형사재판과 달리 모든 군사재판을 선정의 대상으로 하고 있다. 둘째, 국선변호인의 자격과 관련해서 과거에는 변호사 자격이 없는 일반 장교도 국선변호인이 될 수 있었지만, 현재는 변호사의 자격이 있는 사람만을 주체로 하고 있다. 셋째, 국선변호인의 명단을 공개해서 피고인의 선택권을 보장하도록 노력하고 있다. 이처럼 군사재판의 공판단계에서 국선변호인제도는 제도상으로는 피고인의 인권 친화적 형사절차를 구현하고 있다고 평가할 수 있다.

그런데 일반 형사재판의 국선변호인 선임 비율과 대비하여 군사재판의 국선변호인 선임 비율이 낮은 현실을 고려하면, 군사재판의 국선변호인제도가 실효적으로 운영되고 있다고 말하기는 어렵다. 특히 군인의 다수를 차지하는 일반 사병은 사회 경험이 적은 젊은 층인 상황을 고려하면, 국선변호인제도의 실효적 운영에 대한 필요성은 높아진다. 2020년 12월을 기준으로 한국군의 숫자는 약 55.5만여 명이고,⁷¹⁴⁾ 이 중 간부의 숫자는 18.7만여 명으로 간부를 제외한 사병의 수는 전체 군인 수의 약 ⅔를 차지한다.⁷¹⁵⁾ 2021년 제1심 군 형사재판의 접수 현황을 보면 총 3,603명이 기소되었

712) 고등군사법원, 『2021 군사법원 연감 [2021.1. ~ 2021.12.]』, 2022.7.7., 95면.

713) 고등군사법원, 앞의 연감, 95면.

714) 국방부, 『국방백서 2020』, 2020, 290면.

는데, 이중 장교는 383명(11%), 준·부사관은 1,021명(28%), 군무원은 86명(3%), 그리고 병사가 2,098명으로 피고인인 경우가 전체 인원 수 중 58%를 차지했다.⁷¹⁶⁾ 그럼에도 일반 형사재판의 국선변호인 선임률보다 군사재판의 국선변호인 선임률이 낮다는 것은, 군사재판에서 국선변호인 제도의 실효적 운용이 요구된다는 것을 보여준다. 군사재판의 피고인이 국선변호인을 적극적으로 활용할 수 있도록 군사재판에서 국선변호인으로 활동하는 민간인 변호사의 수 및 경험이 풍부한 변호사의 수를 확대하는 등의 노력이 지속됨이 필요한 상황이다.

2. 피고인에 대한 조건부 구속(석방)의 도입

가. 조건부 구속(석방)

피의자뿐만 아니라 피고인에게도 적용되는 불구속수사의 원칙은 「헌법」 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙과 연결된다. 그러나 불구속수사의 원칙만을 강조하면, 수사와 재판에 있어서 피의자·피고인의 소환이 불가능하게 될 수 있고, 재판이 확정된 이후에 형의 집행이 담보되지 못할 수 있다. 이에 강제수사를 포함한 강제처분은 비례성의 원칙에 따라 필요 최소한의 경우에 허용하면서, 법원이나 법관이 발부한 적법한 영장에 의해서만 강제처분을 하도록 하고 있다(영장주의).

강제처분의 대표적인 것이 구속인데, 「형사소송법」 제73조에서는 피고인을 구인 또는 구금함에는 구속영장을 발부하여야 한다고 규정하고 있으며, 「형사소송법」 제70조 제1항에는 범죄혐의의 상당성이 있는 피고인에게 일정한 주거나 없거나 증거를 인멸한 염려가 있거나 도망하거나 도망할 염려가 있는 경우에 법원은 피고인을 구속할 수 있다고 규정하고 있다. 이와 같은 구속을 위한 영장의 필요성과 구속의 요건은 군사재판에서도 같다. 「군사법원법」 제113조에서는 “피고인을 구인하거나 구금할 때에는 구속영장을 발부하여야 한다.”고 규정하며 제110조 제1항에서는 구속의 사유를

715) 조관호, “병역자원 감소 시대의 국방정책 방향-국방인력운영체제 변화와 전력 첨단화-”, 서울신문 인포포럼, 2023.6.15.(<https://kida.re.kr/frt/board/frtNormalBoardDetail.do?sidx=375&idx=51&depth=3&searchCondition=&searchKeyword=&pageIndex=1&lang=kr>; 최종접속일: 2023년 9월 1일), 2면.

716) 고등군사법원, 앞의 연감, 87면.

「형사소송법」 제70조 제1항과 동일하게 규정하고 있다.

법원은 구속의 사유를 판단하여 피고인을 구속하거나 구속하지 않는 결정을 하게 되는데, 이처럼 구속에 대한 기존의 양단식 결정 이외에 절충적 형태인 조건부 구속(석방)을 생각해 볼 수 있다. 특히 조건부 구속(석방)은 수사단계에서 검사가 피의자에 대한 구속영장을 청구한 경우와 관련해서 논의되었는데, 피의자의 조건부 구속이란 “피의자에 대한 구속영장의 심사 시 구속의 사유, 피의자의 상황 등을 고려하여 피의자에게 조건을 부가한 영장을 발부하면서 그 조건의 이행을 전제로 피의자를 석방하여 피의자가 실질적으로 불구속 상태에서 수사·재판에 임할 수 있도록 하는 제도”이다.⁷¹⁷⁾ 조건부 구속(석방)의 도입을 찬성하는 견해는 이론상으로 무죄추정의 원칙과 불구속수사의 원칙에 부합하는 제도이고, 현실적으로 구속 이후의 석방제도를 통해 석방되기가 어려운 현실 및 도입을 긍정하는 전문가의 의견과 국민의 여론 등을 근거로 제시한다.⁷¹⁸⁾ 반면 조건부 구속의 도입을 반대하는 견해는 구속된 이후의 석방제도(구속적부심사, 가석방 등)가 존재하며, 조건부 구속을 도입하면 구속의 결정권을 가진 판사의 재량이 넓어져 남용의 위험이 있다는 등을 근거로 제시한다.⁷¹⁹⁾

독일, 프랑스, 미국 등⁷²⁰⁾ 사법제도의 선진국에서 사용하고 있는 조건부 구속(석방) 제도는 한국의 형사절차에 도입하는 것이 타당한데, 그 이유는 다음과 같다. “첫째, 한국 형사소송법이 추구해 온 이념 때문이다. 1954년 제정된 한국 형사소송법은 국민의 기본권보장을 추구하는 방향으로 발전해 왔다. 1999년부터 논의되기 시작한 조건부 구속의 도입도 이러한 한국 형사소송법의 발전 방향의 행로 중에 제시된 것이다. 둘째, 한국 형사소송법의 근간을 형성하는 무죄추정의 원칙과 불구속수사의 원칙 때문이다. 집단을 우선하지 않고 개인의 자유 보장을 우선하는 한국에서 무죄추정의 원칙을 구현하는 조건부 구속을 시행하지 않고 있다는 것은 그릇된 것이라고 할 수 있다. 셋째, 조건부 구속제도를 도입한다면 형사정책적 관점이나 실체적 관점에서

717) 김정환, “조건부 구속의 도입론”, 『연세법학』, 제42호(2023.7.), 연세법학회, 33면.

718) 이에 대해서는 김정환, 앞의 논문, 39-43면 참조. 참고로 구속에 대한 사후적 구제제도의 운영 현황을 보면, 피의자에 대한 구제 수단인 체포·구속적부심 청구사건의 경우에 석방율은 2020년 6.7%(1,938 청구 중 130 석방)이었고, 피고인에 대한 보석의 경우에 허가율은 2020년 31.8%(6,225 청구 중 1,904 허가)이었다(법원행정처, 앞의 연감, 658면).

719) 이에 대해서는 김정환, 앞의 논문, 44-45면 참조.

720) 조건부 구속을 도입한 외국의 법률 규정은 김정환, 앞의 논문, 82-108면 참조.

구속의 사유로 생각하는 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자에 대한 가해의 우려 등의 요소를 능동적으로 활용할 수 있게 된다.”⁷²¹⁾

나. 군사재판에서 피고인에 대한 조건부 구속의 도입

무죄추정의 원칙을 구현하고 개인의 자유를 보장하기 위한 조건부 구속제도의 도입은 수사단계에서 피의자의 방어권을 위해서 필요할 뿐만 아니라 공판단계에서 피고인의 방어권을 위해서도 필요하고, 제도의 도입 취지를 생각하면 조건부 구속의 도입을 수사단계에 제한하고 공판단계에서 하지 않을 이유는 없다.

그리고 일반 형사사건의 공판단계에서 조건부 구속제도의 도입이 필요하다면, 군사재판의 공판에서의 도입의 필요성도 제기될 수 있다. 이와 관련하여 일반 형사재판과 군사재판에서 구속의 현황을 비교해 보면 다음과 같다. 일반 형사사건의 경우, 2020년 접수된 제1심 형사공판사건의 피고인은 260,154명이고 이 중 구속인원은 21,753명으로 구속률은 8.4%를 나타낸다.⁷²²⁾ 반면 군사재판의 경우, 2021년 처리된 제1심 공판사건의 피고인은 1,411명인데,⁷²³⁾ 공판사건 중 피고인이 구속된 경우는 126건이다.⁷²⁴⁾ 즉 2021년 처리된 제1심 군사공판재판의 피고인 구속률은 약 0.9%이다.⁷²⁵⁾

이처럼 군사재판에서 피고인의 구속률이 일반 형사사건에서의 피고인의 구속율보다 낮은 이유는, 군인의 생활환경 특수성에 기인한 것으로 생각해 볼 수 있다. 범죄혐의의 상당성이 인정될 때 구속 사유는 피고인에게 일정한 주거가 없거나 증거를 인멸할 염려가 있거나 도망(도주) 또는 도망(도주)할 염려가 있는 경우이다(「형사소송법」 제70조 제1항, 「군사법원법」 제110조 제1항). 즉, 주거가 군부대 내로 제한되고 다른 사병과 공동생활을 하게 되는 일반 사병의 경우에 있어서는 구속의 사유를 인정할 여지가 적을 수 있기에, 일반 형사사건의 피고인 구속률보다 군사사건의 피고인 구속

721) 김정환, 앞의 논문, 80면.

722) 법원행정처, 앞의 연감, 642면.

723) 고등군사법원, 앞의 연감, 88면.

724) 고등군사법원, 앞의 연감, 92면.

725) 한편 2021년 구속영장 처리현황을 보면 구속영장이 308명에게 청구되었고 그중 200명에게 발부되었다(고등군사법원, 앞의 연감, 98면). 2021년 기준으로 보석허가율은 26%(청구 23건 중 6건 허가)이고, 구속적부심 인용율은 17%(청구 18건 중 3건 인용)이다(고등군사법원, 앞의 연감, 99면).

률이 낮은 것으로 추론된다.

군인인 피고인의 구속률이 일반인의 구속률보다 낮다는 것은 공판절차에 조건부 구속을 도입할 실효성이 적다는 근거가 될 수는 있을 것이다. 하지만 군사사건에서 피고인의 구속률이 일반 형사사건의 피고인 구속률보다 낮다는 점이 군사재판에서 조건부 구속의 도입 필요성을 부정할 필요조건이거나 충분조건이라고 할 수는 없다. 여전히 군사재판의 피고인 중 구속된 상태로 재판받는 피고인이 다수 존재하는 상황이며, 일반사병이 아닌 간부나 군무원이 군사재판의 피고인인 경우 이들의 생활환경이 일반인인 피고인의 생활환경과 크게 다르지 않으며, 군사재판도 2심부터 일반법원에 재판권이 존재하는 상황에서 일반법원에서 사용할 수 있는 제도를 도입하지 않을 이유도 없기 때문이다. 따라서 일반 형사사건의 공판절차에서뿐만 아니라 군사사건의 공판절차에서도 조건부 구속의 도입은 필요하다.

3. 군검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건

가. 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력

1) 연혁

일제강점기의 「조선형사령」 제12조에 따라 검사는 피의자에 대한 구류장(구속영장)을 직접 발부할 수 있었고, 검사와 사법경찰관은 법원의 통제 없이 강제수사를 행해왔다.⁷²⁶⁾ 이러한 「조선형사령」 제12조는 1948년 미군정법령 제176호에서 폐지되었고,⁷²⁷⁾ 피의자에 대한 경찰의 조사서나 청취서는 피의자가 내용을 부인하면 증거로 사용되지 않았다.⁷²⁸⁾

그런데 1948년 구성된 법전편찬위원회가 1950년 심의한 형사소송법초안 제317조

726) 「조선형사령」 제12조 ① 검사는 현행범이 아닌 사건이라도 수사의 결과 급속한 처분을 요한 것으로 사료하는 때에는 공소제기 전에 한하여 영장을 발하여, 검중, 수색, 물건차압을 하고 피고인, 증인을 신문하거나 또는 감정을 명할 수 있다. 단, 벌금, 과료 혹은 비용배상의 언도를 하거나 또는 선서를 하게 할 수는 없다. ② 전항의 규정에 의하여 검사에게 허여된 직무는 사법경찰관도 또한 임시로 이를 할 수 있다. 단 구류장을 발할 수는 없다(이승준, “영장발부에 있어 구속사유 판단의 문제 - 개정 형사소송법 제70조 제2항을 중심으로 -” 『형사정책연구』, 제19권 제4호(2008.12.), 한국형사법무정책연구원, 9면).

727) 심희기, 『한국법제사상의』, 삼영사, 1997, 349면.

728) 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, 『형사법연구』, 제22권(2004.2.), 한국형사법학회, 167면.

의2)에서는 검사가 작성한 신문조서와 사법경찰관이 작성한 신문조서의 증거능력을 구분하여, 검사가 작성한 신문조서 이외의 서류는 다른 증거와 종합되는 경우에만 증거능력을 인정하였다.⁷²⁹⁾ 검사 작성의 신문조서와 사법경찰관 작성의 신문조서의 증거능력을 구분한 것은 수사기관의 위법 수사로 인한 인권침해의 문제와 소송절차의 효율성의 문제를 절충한 것이 배경이 되었다. 수사기관의 위법 수사를 방지하기 위해서는 수사기관에 진술한 내용이 포함된 조서에 대해서 피고인이 동의한 경우에만 검찰이나 경찰의 피의자신문조서에 대해서 증거능력을 인정하는 것이 바람직할 것이지만, 그렇게 되면 소송의 지연 등의 문제가 발생할 수 있는 것을 고려한 것이다. 당시 입법자료를 보면, 경찰보다는 검찰의 인력이 우수하다는 인식에 따라 검찰에서 작성한 조서에 대해서는 피고인의 내용인정이 없어도 증거능력을 인정하면서 경찰에서 작성한 조서에 대해서는 그 내용에 대한 피고인의 이의가 없는 경우에만 증거능력을 인정하였다.⁷³⁰⁾

검사 작성의 피의자신문조서는 진정성립이 인정되면 증거능력을 인정하고 경찰 작성의 피의자신문조서는 내용인정이 인정될 때 증거능력을 인정하는 형사소송법 초안은 국회의 제정안으로 되어 대통령에게 송부되었으나, 대통령은 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 대해서 피고인이 내용을 인정할 때 증거능력을 인정하는 것은 “사법경찰관리의 범죄수사를 법률적으로 무의미하게 만들어서 그 기능을 상실케 하는 결과”가 된다는 이유로 법률안거부권을 행사하였다.⁷³¹⁾ 대통령의 거부권 행사에 대해서 대한변호사협회에서는 강한 비판을 하였고, 국회는 원안의 내용대로 재의결하였다.⁷³²⁾ 이후 1961년 「형사소송법」 개정에서 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력의 인정요건으로 ‘특신상태’가 추가되었고, 2007년 「형사소송법」 개정에서 영상녹화물 등 객관적 방법으로 실질적 진정성립이 인정될 수 있도록 변경되었다.⁷³³⁾ 이러한 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력에 대한 요건은 2020년까지 유지되었다.

729) 신동운, 앞의 논문, 167면.

730) 신양균 편저, 『형사소송법 제·개정 자료집(상)』, 한국형사정책연구원, 2009, 167면.

731) 신양균 편저, 앞의 책, 208면.

732) 신양균 편저, 앞의 책, 208면.

733) 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력의 역사적 변천 과정에 관한 내용은 고은이, “검사 작성 피의자신문조서 증거능력 제한에 대한 문제제기와 개선방안”, 연세대학교 법무대학원 석사학위논문, 2022.8., 10-61면 참조.

2) 현행 증거능력 인정요건

피고인이 내용을 부인하더라도 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력이 인정되는 상황에서 피의자의 자백이 포함된 검사 작성의 피의자신문조서는 공소를 담당하는 검사에게는 좋은 증거방법이 되었다. 이에 검사는 피고인이 경찰에서의 진술을 공판정에서 번복할 것을 대비해서 경찰 수사단계 이후에 다시 피의자신문을 통해 그 내용을 피의자신문조서로 작성하는 ‘이중 수사’가 관행으로 굳어졌다.⁷³⁴⁾ 이처럼 경찰 작성의 피의자신문조서의 증거능력을 검사 작성의 그것과 구분하여 제한하는 것은 경찰과 검찰의 이중 신문을 유발하고 검찰의 과중한 업무 부담으로 작용하므로, 경찰 작성의 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 완화하여야 한다는 주장이 제기되기도 하였다.⁷³⁵⁾

그러나 위법한 수사를 방지하는 역할 및 조서재판의 관행을 극복하기 위한 측면에서 수사기관 작성의 피의자신문조서의 증거능력을 제한하는 것은 큰 의미가 있다. 수사 과정 중의 피의자의 태도까지 기재되는 조서의 증거능력이 인정될 때, 피의자신문조서에 대해서 피고인이 내용을 부인하더라도 판사에게는 강한 심증을 형성할 수 있었다. 이에 공판중심주의를 구현하기 위해서는 조서재판의 관행을 극복함이 필요하고, 피고인이 내용을 부인하는 피의자신문조서의 증거능력을 부정함이 필요하다는 판사들의 의견이 표명되었다.⁷³⁶⁾ 학계에서도 공판중심주의와 직접심리주의를 관철하기 위해서는 경찰 작성의 피의자신문조서와 검사 작성 피의자신문조서 모두 피고인이 내용을 부인할 때는 원칙적으로 증거능력을 부정하는 것이 바람직하다는 의견이 제시되었다.⁷³⁷⁾

검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건은 2018. 6. 21. 발표된 ‘검·경 수사권 조정 합의문’의 취지에 따라 2020년 「형사소송법」이 개정되어 수사권이 조정되면서 변경되었다. “실질적인 공판중심주의 구현에 기여하고 피고인의 방어권을 보다

734) 고은이, 앞의 논문, 31면.

735) 김종구, 『형사사법개혁론』, 법문사, 2004, 610면 이하.

736) 이해광·최동렬·정준영·이상원·임동규, 『바람직한 형사사법시스템의 모색 자료집 (III)』, 대법원, 2004, 140면.

737) 형사소송법 개정특별위원회(신양균 외), 『형사소송법 개정연구』, 한국형사정책연구원, 2010, 296면.

보장하려는 취지”에 따라,⁷³⁸⁾ 2020년 「형사소송법」의 개정에서 검사가 작성한 피의자 신문조서의 증거능력 인정요건과 경찰이 작성한 피의자신문조서의 증거능력 인정요건이 동일하게 변경되어, 2022. 1. 1.부터 피의자였던 피고인 또는 변호인이 신문조서의 내용을 인정하는 경우에만 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력이 인정되고 있다(「형사소송법」 제312조 제1항).

현재 「형사소송법」 제312조 제1항의 적용에 있어서 대법원도 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 경찰 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건과 함께 해석하여, “형사소송법 제312조 제1항에서 정한 ‘검사가 작성한 피의자신문조서’란 당해 피고인에 대한 피의자신문조서만이 아니라 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대하여 검사가 작성한 피의자신문조서도 포함되고, … 피고인이 자신과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대하여 검사가 작성한 피의자신문조서의 내용을 부인하는 경우에는 형사소송법 제312조 제1항에 따라 유죄의 증거로 쓸 수 없다.”고 하여 공범자에 대한 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력의 요건과 공범자에 대한 경찰 작성 피의자신문조서의 증거능력 요건을 동일하게 해석·적용하고 있다.⁷³⁹⁾

나. 군검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건

1) 군검찰제도 개정의 한계

군사재판의 수사절차와 공판절차를 규정한 「군사법원법」은 군 사법제도에 대한 사회적 불신에 따른 2021년 「군사법원법」의 전면적 개정을 통해 기존에 비판받아 오던 관할관 및 심판관제도를 폐지하였고, 소송절차 전반에 걸쳐 「형사소송법」에 존재하는 제도들이 대부분 수용된 상황이다. 그런데 군검사의 피의자신문조서와 군사경찰관의 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 차별적으로 규정하였던 것은 변경 없이 그대로 유지되고 있다(「군사법원법」 제365조). 이와 관련하여 사법경찰과 검사의 경우와 달리, 군사경찰과 군검사의 수사권에 있어서 차이를 유지하는 것이 필요한

738) 전상수, “형사소송법 일부개정법률안 검토보고(제364회국회 제6차 사법개혁특별위원회)”, 2018.11., 69면.

739) 대법원 2023.6.1. 선고 2023도3741 판결.

것인지에 대한 검토가 필요하다.

2021년 「군사법원법」 개정의 직접적 배경이 되었던 성추행 피해 공군 부사관 사망 사건에서도 공군 수사기관의 부실 수사가 드러나면서, 군검찰제도의 개정이 이루어졌다. 즉 2021년 「군사법원법」 개정 시에 군검찰제도의 개정도 함께 이루어졌다. 수사에 있어서 군검찰의 독립성을 강화하기 위하여 이전에는 장성급 장교가 지휘하는 부대에 존재하던 보통검찰부를 폐지하고 국방부장관과 각 군 참모총장 소속으로 검찰단을 설치하였다(「군사법원법」 제36조 제1항). 그리고 군검사의 지휘·감독은 각 군 참모총장이 하도록 하며(「군사법원법」 제39조), 국방부장관은 일반적으로 군검사를 지휘·감독할 뿐 구체적 사건에 있어서는 각 군 참모총장과 국방부검찰단장만을 지휘·감독하도록 개정되었다(「군사법원법」 제38조).

그러나 형사사법제도의 전문가가 아닌 국방부장관이나 각 군 참모총장이 군검사를 지휘·감독하도록 한 군검찰제도의 개정 내용은 군검찰의 수사에 있어서 실질적인 독립성을 보장하기 어려우며, 군검찰 지휘관의 계급만을 상향시킨 개정에 불과하다고 비판된다.⁷⁴⁰⁾

2) 군검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력 인정요건으로서 피고인의 내용인정

생각건대 2021년 「군사법원법」 개정의 배경이 된 성추행 피해 공군 부사관 사망사건에서 군수사기관인 군사경찰이나 군검사 모두의 부실한 수사가 문제가 되었는데, 군검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력을 「형사소송법」과 달리 피고인이나 변호인이 내용을 부인하더라도 인정할 수 있도록 유지한 이유는 확인되지 않는다. 제정 「형사소송법」 이후 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 검사와 경찰이라는 작성 주체에 따라 달리 규정하여 경찰이 작성한 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 엄격하게 제한함에 따라, 경찰에서의 피의자신문 이후에 검사는 다시 피의자신문을 하고 경찰이 작성한 피의자신문조서보다 정돈된 피의자신문조서를 작성하여 공판에 제출하여 공판중심주의를 행해화시키는 이중 수사와 조서재판의 관행이 형성되었다. 이러한 관행을 깨고 공판중심주의를 구현하고자 경찰 작성의 피의자신문조서의 증거능력 인정요건과 마찬가지로 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정

740) 이현정, 앞의 논문, 154면.

요건으로 피고인의 내용인정이 「형사소송법」에 규정된 것이다.

특히 일반사건의 수사에 있어서 검사와 사법경찰의 관계와 마찬가지로 군 사건의 수사에 있어서도 군검사와 군사경찰의 관계를 지휘·명령의 관계가 아니라 상호협력의 관계로 개정(「군사법원법」 제228조의2)하면서, 군검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 군사경찰 작성의 피의자신문조서의 증거능력의 인정요건과 다르게 할 이유는 찾기 어렵다. 따라서 군검사 작성의 피의자신문조서도 피고인이나 변호인이 내용을 인정할 때 증거능력을 인정하는 것이 바람직하다.

4. 전문심리위원

가. 의의

「형사소송법」에는 2007년 개정을 통해 수사단계의 전문수사자문위원제도와 공판단계의 전문심리위원제도를 두고 있다. 「형사소송법」 제245조의2에는 “검사는 공소 제기 여부와 관련된 사실관계를 분명하게 하기 위하여 필요한 경우에는 직권이나 피의자 또는 변호인의 신청에 의하여 전문수사자문위원을 지정하여 수사절차에 참여하게 하고 자문을 들을 수 있다.”고 하여 수사단계에서 전문수사자문위원제도를 규정하고 있으며, 「형사소송법」 제279조의2에는 “법원은 소송관계를 분명하게 하거나 소송절차를 원활하게 진행하기 위하여 필요한 경우에는 직권으로 또는 검사, 피고인 또는 변호인의 신청에 의하여 결정으로 전문심리위원을 지정하여 공판준비 및 공판기일 등 소송절차에 참여하게 할 수 있다.”고 하여 공판단계에서 전문심리위원제도를 규정하고 있다.

그러나 군사재판에는 이러한 제도가 존재하지 않는다. 건축, 의료, 환경 등의 전문분야의 지식과 경험이 필요한 사건의 재판에서 활용하고자 도입된 전문심리위원이 군사재판의 공판단계에서도 필요한 것은 아닌지, 특히 군 내부의 지휘관이나 간부가 군사재판에 참여하던 관할관과 심판관제도가 폐지된 상황에서 군사전문가의 지식과 경험을 고려할 수 있는 제도가 필요한 것은 아닌지 검토해 본다.

나. 「형사소송법」상 전문심리위원

형사재판에서 전문심리위원제도는 일본의 전문위원 제도를 모델로 하여 2007. 12. 21. 「형사소송법」 개정에서 도입되었는데, “소송관계를 분명하게 하거나 소송절차를 원활하게 진행”하기 위한 것이 도입의 취지이었다.⁷⁴¹⁾ 소송의 내용이 복잡하고 전문영역과 관련되어 법관이 구체적인 내용을 파악하기가 어려운 경우에 전문가의 감정은 소송의 결과에 결정적인 영향을 미치기도 한다. 과도한 비용 등의 문제로 감정이 어려운 경우라면 법관은 비공식적으로 해당 전문가로부터 자문받았는데, 이것을 제도화한 것이 전문심리위원제도이다.⁷⁴²⁾ 전문가의 의견이 필요한 사항에 있어서 전문심리위원을 공판절차에 참여시켜 구두 혹은 서면으로 그의 진술을 듣기 위한 전문심리위원제도는 비록 전문심리위원의 진술이 독립된 증거방법으로 사용되지는 않지만, 전문심리위원의 전문적 설명이나 의견으로 재판에 도움을 받아 “충실한 심리와 신속한 분쟁 해결”을 도모하는 제도이다(「전문심리위원의 소송절차 참여에 관한 예규」 제2조).⁷⁴³⁾ 전문심리위원제도는 법원 외부에 있는 전문가의 의견을 반영한다는 점에서 기존의 감정제도와 공통된 점이 있지만, 감정인에게는 진술 전에 선서의무를 부과하고 그에 의한 감정 결과는 독립된 증거자료로 사용됨에 반하여 전문심리위원에게는 진술 전에 선서를 요구하지 않고 그의 진술의 결과는 독립된 증거자료로 사용되지 않는다는 차이점이 있다.⁷⁴⁴⁾ 이에 따라 증거자료가 아닌 전문심리위원의 진술은 필요한 부분만 조서에 기재된다.⁷⁴⁵⁾

전문심리위원제도는 형사재판에서만 활용되는 것이 아니라 민사, 가사, 행정, 특허

741) 법률 제8730호(2007.12.21.) 「형사소송법」 일부개정법률 개정이유.

742) 강성수, 『전문가 감정 및 전문심리위원 제도의 개선 방안에 관한 연구』, 사법정책연구원, 2016, 61면.

743) 전문심리위원제도는 2007.7.13. 개정에 의하여 「민사소송법」에 먼저 도입되었는데 도입취지에 대해서 구체적으로 다음과 같이 설명되고 있다. “소송관계를 분명하게 하기 위한 구체적인 경우는 건설관계, 의료관계 소송 등에서 당사자의 하자 주장, 의료과실 주장이 분명하지 아니한 경우, 전문적인 용어, 도면 등이 기재된 많은 서류가 제출되어 당사자의 청구 내용을 쉽게 이해하기 어려운 경우 등이 될 것이다. 소송절차를 원활하게 진행하기 위한 구체적인 경우는, 특수하고 복잡한 사안에 대한 감정 가능성, 감정신청의 적정성 판단, 감정사항의 확정 등과 관련하여 신속한 감정 절차 진행을 위하여 전문심리위원의 설명이나 의견을 들을 필요가 있는 경우 등”이다(사법정책실, 『전문심리위원 제도 해설』, 법원행정처, 2007, 1면).

744) 강성수, 앞의 보고서, 45면.

745) 강성수, 앞의 보고서, 59면.

등의 소송절차에서도 운영되는데(「전문심리위원의 소송절차 참여에 관한 예규」 제2조), 형사재판의 경우에 있어서는 사실심에만 한정되지도 않고 모든 심급의 소송절차에서 활용될 수 있는 제도이다. 그리고 전문심리위원은 증인신문에 있어서 활용될 수 있을 뿐만 아니라 현장검증이나 감정인신문에서도 참여하여 의견을 진술할 수 있다.⁷⁴⁶⁾ 즉 전문심리위원은 재판기일에서 활용될 뿐만 아니라 재판장은 재판기일 외에서도 당사자와 사전에 협의를 거쳐 전문심리위원에게 설명이나 의견을 구할 수 있다(「전문심리위원의 소송절차 참여에 관한 예규」 제5조).

한편 전문심리위원이 설명이나 의견을 진술할 수 있는 내용의 범위가 당사자가 주장하거나 법원이 요청한 사항 이외에 대해서도 미치는지와 관련하여, 전문심리위원은 법원의 보조자에 불과하므로 당사자가 주장하지 않는 사항에 대해서는 진술하는 것이 부적절하다는 의견이 있다.⁷⁴⁷⁾ 그러나 전문심리위원의 설명이나 의견의 진술 범위를 제한할 근거 규정이 없고 그의 진술의 법적 구속력이 없는 이상, 당해 사건과 관련된 내용이고 전문적 경험과 지식에 근거한 진술이라면 당사자가 주장하지 않은 내용이거나 법원이 인지하지 못한 내용이라는 이유로 전문심리위원의 진술을 금지할 수는 없다고 본다.

다. 군사재판에 전문심리위원제도의 도입

「형사소송법」에 존재하는 전문심리위원제도를 군사재판에 도입하는 것과 관련해서 다음과 같은 부정적 근거를 생각해 볼 수 있다.⁷⁴⁸⁾ 첫째, 현행 군사법원의 재판권은 제한적이고 군 사건에서 일반법원의 재판권이 넓어졌기에 군사재판에서 전문심리위원제도의 활용성이 높지 않다는 점이다. 개정된 「군사법원법」에서는 2심 사건을 담당했던 고등군사법원이 폐지되고 서울고등법원이 이를 대신하게 되었고(「군사법원법」 제6조, 제10조), 평시 군사법원의 재판권도 제한되었다. 성폭력 범죄, 군인 등의 사망에 원인이 되는 범죄, 군인 등이 신분을 취득하기 전에 범한 범죄의 경우는 평시 군사법원의 재판권이 배제되었다(「군사법원법」 제2조 제2항).⁷⁴⁹⁾ 둘째, 전문심리위원

746) 강성수, 앞의 보고서, 50면.

747) 강성수, 앞의 보고서, 57면.

748) 강성수, 앞의 보고서, 44면 참조.

제도 자체에 대한 비판적 시각이 존재한다는 점이다. 전문심리위원제도를 도입하면 전문적 분야의 재판에 있어서 관련 전문가의 영향력이 과다해질 수 있고, 전문심리위원제도의 운용에 있어서 지역별로 편차가 심할 수 있고, 특정 분야의 경우에는 전문가의 수가 제한적일 수 있다는 점 등이 제시된다.

그러나 이러한 부정적 요소에는 군사재판에 전문심리위원을 도입하는 것을 배제할 만큼의 설득력이 존재하지 않는다. 첫째, 군사법원의 재판권이 과거보다 상대적으로 제한되고 일반법원의 재판권이 넓어졌다는 점과 관련해서 보자면, 비록 군사법원의 재판권이 제한적이어서 성폭력 사건은 일반법원에서 재판권을 갖게 되어 성폭력 범죄의 경우에 있어서는 군사재판에서 전문심리위원이 필요하지 않지만, 전문가의 지식이 필요한 건축이나 환경 등의 사건은 여전히 군사법원이 재판권을 가지고 있다. 또한 군 시설이나 무기 관련 사건의 경우에는 무기 관련 전문가의 지식과 경험을 활용해야 할 대표적인 분야라고 할 수 있다. 둘째, 전문심리위원제도 자체에 대한 비판점과 관련해서 보자면, 군사재판의 경우는 전국에 5개의 군사법원에서 담당하므로 지역별 편차가 일반법원의 경우보다 덜할 수 있다. 또한 전문심리위원이 관여하는 재판에서 법관의 판단에 전문가의 영향력이 존재한다는 것을 부정할 수는 없지만, 군판사는 자유심증주의에 따라 전문심리위원의 의견에 구속되는 것은 아니므로 전문심리위원 제도로 인하여 군사재판의 독립성과 공정성에 문제가 발생한다고 보기는 어렵다.

그리고 군사재판에서 전문심리위원제도의 도입을 긍정적으로 볼 수 있는 이유로 감정제도의 보완을 생각해 볼 수 있다. 「군사법원법」 제210조에서는 “군사법원은 학식과 경험이 있는 사람에게 감정을 명할 수 있다.”고 하여 군사재판에서도 감정제도가 존재하는데, 감정인은 감정 전에 선서하여야 하고(「군사법원법」 제211조 제1항), 감정인이 서면으로 감정 결과를 보고하면(「군사법원법」 제212조 제1항) 공판조서에 기록된 감정 결과는 바로 증거능력이 인정된다. 또한 감정인에게는 군사법원의 허가를 받아 일정한 강제처분의 권한도 부여된다(「군사법원법」 제215조 제1항). 이와 같은 감정인의 감정 결과는 법원에 대해서 구속력이 있지는 않으나 법원의 판단에 있어서

749) 이처럼 제한된 경우에만 군사법원의 재판권을 배제하는 것은 2021년 당시 군대 내의 성폭력 범죄와 사망사건에 있어서 국민의 비판을 잠재우기 위한 임시방편에 불과할 뿐이고, 재판권의 인정 범위에 있어서 그 외의 경우와 구분할 근거가 없다는 비판을 받는다(이현정, 앞의 논문, 147면).

중요한 참고 자료가 되므로,⁷⁵⁰⁾ 감정을 명할 것인지에 대한 법원의 판단은 중요하다. 따라서 검사가 제출한 공소장이나 변호인의 변론서에 전문적 용어나 도면 등이 포함된 때에 감정인을 지정하기 이전에 전문심리위원을 활용한다면, 쟁점을 명확히 할 수 있으며 나아가 감정을 명해서 감정 결과를 받아야 하는지도 바로 판단할 수 있게 된다.

그 외에 군의 특수성과 전문성의 측면에서도 전문심리위원제도의 도입을 긍정적으로 볼 수 있다. 2021년 「군사법원법」 개정 이전에 군인이 신분 취득 전에 범한 범죄에 대해서 군사법원의 재판권이 허용되는 것인지와 관련하여, 헌법재판소는 군의 특수성과 전문성을 근거로 합헌의 결정을 해 왔다.⁷⁵¹⁾ 군 사법제도의 독립성을 보장하기 위해서 2021년 「군사법원법」이 전면 개정되어 군사법원의 재판권이 축소되고 관할관·심판관 등의 제도가 폐지되었는데, 그렇다고 군의 특수성과 전문성이 부정되는 것은 아니다. 과거 군의 특수성과 전문성을 근거로 존재했던 제도가 폐지되면서도 일반 형사재판에 존재하는 전문심리위원제도가 군사재판에 도입되지 않았던 이유는 확인되지 않는다. 군의 특수성과 전문성을 인정한다면 이를 근거로 한 기존의 제도가 폐지됨과 동시에 전문심리위원제도를 도입하여 군사재판에서 활용하는 방안으로 보완되는 것이 합리적이라고 판단된다. 특히 군 시설·무기나 군사기밀 등과 관련된 사건의 경우에 있어서 감정을 명하기 이전에 군대 내의 군사전문가로부터 비공식적으로 자문받는 것보다는 제도화하여 공식적인 절차를 거치도록 하는 것이 공정한 재판을 도모하는 방법일 것이다. 결국 군사재판에서도 전문심리위원제도를 도입하여 활용하는 것이 필요하다.

750) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2018도7658 판결.

751) 헌법재판소 2009.7.30. 2008헌바162 : “군대는 다음과 같은 특수성을 가진다. 첫째, 전쟁의 수행은 물론 평화 시에도 실제 전투와 같은 극한상황하에서 훈련을 실시하고 각종 무기들을 다루게 됨으로써 위협에 노출되는 점, 둘째, 과학 기술이 발달한 오늘날의 전쟁은 초전의 대응 능력이 매우 중요하므로 항시 대기하는 것이 필요할 뿐 아니라, 군인은 한·수해(旱·水害) 등 천재지변, 명절 혹은 연휴 기간에도 대기해야 하고, 각종 야외훈련 및 야간훈련, 주·야간 작전 수행, 빈번한 당직근무 등을 수행해야 하는 등 근무시간이 정해져 있지 않은 점, 셋째, 집단적 병영(兵營) 생활을 할 뿐 아니라, 작전위수(衛戍)구역의 제한을 받으며 근무지이탈금지 등 군인 복무규율 및 군형법의 처벌규정에 의하여도 엄격히 규제되는 등 생활공간적인 제약이 있는 점, 넷째, 군인은 주로 벽오지(僻奧地)에서 복무하게 된다는 점 등이다.”

5. 장병참여재판

가. 2006년 「장병등의 군사재판 참여에 관한 법률안」

대법원 산하 사법개혁위원회가 건의한 사법개혁의 종합적·체계적 추진을 위해서 2005. 1. 1. 시행된 「사법제도개혁추진위원회규정」(대통령령 제18599호)에 근거하여 설치된 사법제도개혁추진위원회에서는 2개의 분과로 나누어 제1분과에서는 ‘대법원의 기능과 구성’, ‘법조일원화와 법관임용방식 개선’, ‘법조 법조인 양성 및 선발’을 안건으로 다루었고, 제2분과에서는 ‘국민의 사법참여’, ‘사법서비스 및 형사사법제도’를 안건으로 다루었다.⁷⁵²⁾

당시 안건 중 ‘사법서비스 및 형사사법제도’의 세부 안건으로 ‘군 사법제도 개혁’이 다루어졌고,⁷⁵³⁾ “군사법원의 독립성 강화, 장병참여재판, 군사법경찰에 대한 사법통제 강화, 미결구금시설 개선, 징계영창제도 개선” 등이 주요한 내용으로 다루어졌다.⁷⁵⁴⁾ 당시 군사법원의 독립성·공정성 강화와 관련해서 논의된 사항으로는 ‘평시 관할관 확인권 및 심판관 제도 폐지’, ‘국방부 소속 순회군판사단 설치’, ‘군판사의 인사’ 등이 있는데, 이것은 2006. 1. 5. 「군사법원의 조직등에 관한 법률안」(의안번호 1737573)으로 제출되었고 그 주요 내용은 2021년 「군사법원법」의 개정을 통해 실현되었다.

당시 주요한 내용으로 논의되었던 ‘장병참여재판’과 관련해서도 2006. 1. 5. 「장병의 군사재판참여에 관한 법률안」이 국민의 사법참여제도(「국민참여재판법」)의 도입과 함께 제출되었는데, 이것은 제17대 국회의 임기만료에 따라 2008년 폐기되었다. 군사재판의 민주적 정당성과 공정성을 확보하기 위한 목적에서 도입하려고 했던 장병참여재판은 이후 큰 주목을 받지 못했고, 2021년 「군사법원법」 개정에서도 반영되지 않았다. 2006년 당시 제안된 주요 내용은 군의 특성을 고려하여 배심원의 자격을 군인으로 제한한 점을 제외하고 대부분 「국민참여재판법」을 준용하는 형태였는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.⁷⁵⁵⁾

752) 사법개혁위원회, 『사법개혁위원회 자료집(1)』, 2004, 6면.

753) 사법개혁위원회, 앞의 자료집, 10면.

754) 사법제도개혁추진위원회, 『사법제도개혁추진위원회 백서(상)』, 2006, 263면.

755) 국회 의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=033449>; 최종접속

장병참여재판의 대상 사건은 군사법원의 재판권이 인정되는 사건 중에서 「국민참여재판법」에 따른 대상 사건과 「군형법」 위반 사건 중 대법원규칙으로 정하는 사건으로 하면서(안 제5조), 군의 특성을 반영하여 피고인의 계급·신분에 따라 배심원의 구성을 달리하도록 하였다. 장교가 피고인인 사건에서는 장교가 배심원이 되고, 준사관·부사관 또는 군무원이 피고인인 사건에서는 부사관 이상의 군인 또는 군무원이 배심원이 되고, 일반 사병이 피고인인 사건에서는 배심원의 3분의 1 이상을 부사관과 사병으로 구성하고, 장병 등이 아닌 피고인의 사건에서는 부사관 이상의 군인 또는 군무원으로 배심원을 구성하였다(안 제6조, 제9조). 이처럼 피고인의 신분에 따라 배심원의 구성을 구별하고 피고인의 계급보다 배심원의 계급을 동급 이상으로 한 것은 “엄격한 계급사회로서 상급자와 하급자의 명령복종관계를 통해 지휘체계를 확립하고 질서를 유지하며 전투력을 보존하고 발휘하게 되는 군 조직의 특수성과 실체적 진실 발견을 위한 원활한 재판운영의 측면, 군의 정서, 군 배심제의 활용성 등을 고려”한 것이라고 한다.⁷⁵⁶⁾ 다만 「장병등의 군사재판 참여에 관한 법률안」에서는 지휘관 등이 배심원으로 참여하는 장병 등에 대해서 부당한 영향력을 행사하거나 인사상 불이익한 처우를 하지 않도록 규정하였다(안 제12조)

이처럼 2006년 제안된 「장병등의 군사재판 참여에 관한 법률안」은 국민참여재판과 달리 군의 특성을 고려하여 배심원의 자격을 군인과 군무원으로 한정된 점이 가장 큰 특징인데, 이것이 주요한 비판의 대상이 되었다. 군사재판에 대한 국민의 불신을 해소하고 배심제의 도입목적을 구현하기 위해서는 군사재판의 배심원으로 일반 국민이 참여할 수 있어야 한다는 것이었다.⁷⁵⁷⁾

그 외 일반사병의 배심원 참여와 관련하여 2006년 법률안 제안 당시에 국회 국방위원회에서는 장병 등이 배심원으로 선정되면 배심원 선정 사실의 비밀이 보장되기 어려운 군조직 특성상 선정된 배심원에 대한 상급자나 지휘관의 영향력을 배제하기 어렵다는 의견이 제시되었다.⁷⁵⁸⁾ 반면 군 내 가장 많은 수를 차지하는 일반사병의 배심원

일: 2023년 7월 1일) 참조.

756) 임중호, “장병등의 군사재판 참여에 관한 법률안(정부제출) 검토보고”, 2006, 20면 참조.

757) 김영재, “군사재판에서의 배심제 도입에 관한 연구 - 대상 사건 및 배심원의 자격과 구성을 중심으로 -”, 서울대학교 석사학위 논문, 2022.8., 18면.

758) 국방위원회, “「군사법원의 조직 등에 관한 법률안」등 7개 군사법개혁 관련 법률안에 대한 심사결과 및 의견서”, 2006, 6면.

참여의 기회를 제한적으로 규정하는 것은 장병참여재판의 도입 취지를 살리지 못하는 것으로서 일반사병의 배심원 참여 기회를 확대하여야 한다는 의견도 제시되었다.⁷⁵⁹⁾

나. 장병참여재판의 활용성에 대한 의문

국민참여재판의 도입 취지와 마찬가지로 장병참여재판도, 비록 군사재판이라는 영역에 한정되지만, 독립성 및 공정성 확보와 사법제도에 대한 국민의 신뢰를 확보하기 위해서 도입이 논의되었다. 군사재판 과정에 배심제도가 도입되면 군사재판에 대한 통제의 수단으로 작용하게 되고, 군 사법제도에 대한 국민의 신뢰를 획득하는 역할을 기대할 수 있다.

그러나 장병참여재판은 군사재판의 현실을 고려하면 도입하기는 어렵다. 활용성의 측면에서 장병참여재판이 실제로 진행될 수 있는 군사재판의 사건 수가 매우 적을 것이라는 근본적인 의문이 제기되기 때문이다. 2006년 「장병등의 군사재판 참여에 관한 법률안」의 제안 당시에 국방부는 2005년 군 범죄가 2,625건이었는데 이 중 장병참여재판의 대상이 되는 범죄는 59건에 불과할 것이고 실제로 장병참여재판을 신청하는 경우는 10건 안팎에 불과할 것이라고 예상하였다.⁷⁶⁰⁾ 2017년부터 2019년의 군 형사사건 통계자료를 바탕으로 국민참여재판의 대상 사건으로 가능한 경우(재정합의 사건을 제외하고 단기 1년 이상의 징역형이나 금고형에 해당하는 사건)를 계산해보면 연평균 67건이 대상이 될 것이라는 결과가 제시되었는데,⁷⁶¹⁾ 이것은 2006년 국방부의 예견과 크게 다르지 않은 결과이다. 국민참여재판의 대상 사건 중 실제 국민참여재판으로 진행되는 비율인 1.3%를 장병참여재판에 적용해 보면, 장병참여재판으로 진행되는 군사재판의 숫자는 연간 1건 미만이라는 예견도 제시된다.⁷⁶²⁾ 이렇게 장병참여재판으로 진행될 수 있는 군사재판 사건의 수가 극히 적을 것이라는 예상은 군사법원의 재판권의 범위를 제한한 2021년 「군사법원법」의 개정에도 따라 더욱 크게 부각이 된다.

759) 임중호, 앞의 검토보고서, 24면.

760) 임중호, 앞의 검토보고서, 16면.

761) 김영재, 앞의 논문, 48면.

762) 김영재, 앞의 논문, 48면.

공군 여성 부사관이 남성 상관에게 성추행에 대해서 신고했음에도 오히려 2차 가해까지 당하자 2021. 5. 21. 자살한 사건이 발생하자, 2021. 6. 28. 병영혁신기구로 ‘민·관·군 합동위원회’가 출범하여 군사법원 폐지 등을 포함한 개선안을 권고하였다.⁷⁶³⁾ 이에 2021. 9. 24. “군 사법(司法)제도에 대한 국민적 신뢰를 회복하고 피해자의 인권보장과 사법정의의 실현이라는 헌법적 가치를 구현”하기 위한 목적에서 「군사법원법」이 전면 개정되었다.⁷⁶⁴⁾ 이러한 배경에서 2021년 개정되어 2022. 7. 1.부터 시행된 「군사법원법」에서는 기존에 군사법원의 재판 대상이었던 사건 중 군인이나 군무원 등이 범한 성폭력 범죄, 군인이나 군무원 등이 사망하거나 사망에 이른 원인이 되는 범죄, 군인이나 군무원 등의 신분을 취득하기 전에 범한 범죄에 대해서 군사법원이 더 이상 재판권을 가지지 못하게 되었다(「군사법원법」 제2조 제2항).

결론적으로 말해서 군사재판에 장병참여재판이 도입되면 재판의 공정성 및 사법제도에 대한 국민 신뢰의 확보에 유익한 점은 인정할 수 있을 것이다. 그러나 군사재판제도의 큰 변화를 가져오게 되는 장병참여재판의 도입은 운용을 위한 인적 및 물적인 측면에서 큰 비용을 들여야만 하는데, 장병참여재판이 활용될 수 있는 사건이 더욱 축소된 상황에서 극소수의 사건에서만 활용될 제도를 도입하는 것은 비효율적일 뿐만 아니라 도입하여 운용할 경우 그 제도 자체의 의미를 반감시킬 수도 있게 된다. 장병참여재판으로 진행될 수 있는 군사재판 사건의 수가 극히 적을 것이라는 현실적인 상황을 고려할 때 장병참여재판의 도입은 어려운 상황이다.

763) 이현정, 앞의 논문, 145면.

764) 법제처 국가법령정보(<https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=235547&lsId=&efYd=20220701&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR&ancYnChk=0#>; 최종접속일: 2023년 7월 3일).

제3절 | 주요 외국의 입법례

1. 미국의 군사재판 (김대원)

지휘관(CA)이 기소(Preferral Of Charges) 후 죄의 경중에 따라 약식군법회의(Summary Court-Martial), 특별군법회의(Special Court-Martial) 또는 보통군법회의(General Court-Martial)에 회부하게 된다(Referral of Charge).⁷⁶⁵⁾

이때 약식군법회의에서 유죄의 선고를 받은 경우에도 이것은 형사상 유죄가 되는 것은 아니며 따라서 범죄기록에도 남지 않는다(UCMJ Article 20 (b), 10 U.S.C. section 820 (b)). 특별군법회의는 중범죄를 제외한 죄에 대하여 재판권을 가지며(UCMJ Article 19 (a), 10 U.S.C. section 819 (a)) 보통군법회의는 중범죄에 대한 재판권을 가지는데(UCMJ Article 18 (a), 10 U.S.C. section 818 (a)) 특히 2013년 개정으로 성폭력범죄(Sec. 920)와 아동에 대한 성폭력범죄(Sec. 920b) 그리고 그 미수범(Sec. 880)에 대해서는 보통군법회의가 재판권을 가지도록 하였다.⁷⁶⁶⁾

1심 군법회의의 판결에 대한 지휘관(CA)의 확인을 거친 후 1심 판결에 대해서는 군 항소법원(Army Court of Criminal Appeals)에 불복할 수 있고(UCMJ Article 66, 10 U.S.C. section 866) 최종심으로서 군 상고법원(Court of Military Appeal)에 상소할 수 있으나(UCMJ Article 141, 10 U.S.C. section 941) 연방법원에 상소하는 것도 제한적이기는 하지만 허용된다(28 USC. section 1259).⁷⁶⁷⁾

앞서 미국의 수사절차에서 기술하였듯이 미국의 지휘관(CA)이 군 형사사법에서 가지는 권한은 매우 강력한데 이것은 공판절차에서도 크게 다르지 않는데 우리나라 「군사법원법」 개정 이전에 관할관이 가지고 있던 판결에 대한 확인조치권 이상의 권한을 미국 지휘관(ACA)은 가진다. 즉 미국의 지휘관(CA)은 판결의 사실확정, 법률적용 그리고 형의 선고 등 판결의 내용 전반에 관하여 판결을 승인하거나 이를 변경하는

765) 도중진, 앞의 논문, 167면 이하.

766) Schlueter, David A., *op. cit.*, pp. 225.

767) 한명권, “군 사법제도 개혁방향에 관한 연구”, 연세대학교 석사학위논문, 2006.2., 12면 이하; 이태휘, “군사법원제도에 관한 연구”, 연세대학교 행정대학원 석사학위논문, 2000.8., 9면; 도중진, 앞의 논문, 170면 이하 참조.

권한을 가진다.⁷⁶⁸⁾

2. 독일의 군사재판 (김정환)

한국 형사법의 모범이 되었던 독일의 경우, 군사재판에서도 선진적으로 인권을 보장하고 있다고 평가된다.⁷⁶⁹⁾ 독일은 「헌법」에서 평시에도 군사법원이 설치될 수 있는 근거를 규정하고 있음에도 실제로는 군사법원을 설치하지 않고 일반법원에서 군사재판을 담당하고 있으며, 단지 군무법원(*Truppendienstgericht*)을 두고 이곳에서 군인의 징계절차 및 소원절차를 담당하고 있다. 아래에서는 독일의 군사재판에 대해서 구체적으로 살펴본다.

가. 독일 군사법원의 역사

독일은 군사재판을 담당하는 기관으로 1487년 Frederick 3세에 의해서 군사법원(*militargericht*)을 설치하여 운영하였는데,⁷⁷⁰⁾ 18세기 프로이센은 군인의 법적 사건을 모두 군사법원이 관할하도록 하였다.⁷⁷¹⁾ 일반법원과 별도로 존재한 군사법원은 형사 사건뿐만 아니라 민사사건의 재판권까지 가지고 있었으며, 이처럼 군적 요소가 강하게 투영된 군사법원은 제1차 세계대전 말까지 유지되었다.⁷⁷²⁾

이후 바이마르 공화국 성립 후인 1919년 「독일제국헌법」 제106조에 따라 군사법원의 재판권을 전시(방위사태)나 군함에서 일어난 군인의 형사사건으로 제한하였고, 그 이외에는 군사법원의 재판권이 폐지되었다.⁷⁷³⁾ 기존의 군사법원에 존재하던 관할관, 군판사, 심판관, 군검찰 제도와 관련하여 당시에도 군인이 재판에 관여하는 것에 대해서 상당한 비판이 있어 바이마르 제국의 성립과 함께 관할관, 군판사, 심판관,

768) 오경식·김범식·이현정, 앞의 보고서, 54면 이하.

769) 강태경·최영신·송윤진·임태훈·김형남·조규석, 앞의 보고서, 215면.

770) 김백진, “군사법원 필요성과 목적에 대한 고찰”, 『저스티스』, 통권 147호(2015.4), 한국법학원, 188면.

771) 박병욱·이계수, 앞의 논문 171면.

772) 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지웅·임재성·전학선, 『군 수사와 사법제도 현황 및 개선방안 연구』, 국가인권위원회 조사총괄과, 2015, 299면.

773) 박병욱·이계수, 앞의 논문, 174면.

군검찰 제도가 폐지되었다.⁷⁷⁴⁾

그러나 1933년 국가사회주의독일노동자당(*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei, Nazi*)의 집권 이후, 히틀러는 군사법원이 제대로 작동하지 못한 것을 1차 세계대전 패전의 원인 중 하나로 보면서 특히 군사법원에서 선고한 150건의 사형 판결 중 48건만이 집행된 것을 문제로 지적하였다.⁷⁷⁵⁾ 이에 따라 1934년 새로운 군사법원(*Wehrmachtgericht*)이 도입되었는데, 최고법원인 제국전쟁법원(*Reichkriegsgericht*)을 제외한 모든 군사법원은 관할관 제도로 운영되어 특정 부대의 지휘관인 군명령권자에게 소속되었다.⁷⁷⁶⁾ 1939년에는 기존의 「군형사법원법(*MStGO*)」을 대체하는 「전쟁형사절차법(*Kriegsstrafverfahrensordnung, KStVO*)」을 시행하였고, 여기서는 기존의 일반적인 소송절차와 달리 신속한 절차를 위하여 심급을 단심으로 하는 즉결 절차를 도입하였고 군지휘관이 판결을 취소하고 확인하는 사후심사절차도 도입되었다.⁷⁷⁷⁾ 군사법원(*Wehrmachtgericht*)은 군무징계(*Truppendisziplin*)를 담당했을 뿐만 아니라 전시에 3만 건 이상의 사형판결을 선고했다.⁷⁷⁸⁾ 1934년 도입된 군사법원(*Wehrmachtgericht*)은 2차 세계대전 패전 후인 1946. 8. 20. 「연합국통제위원회법률」 제34호에 의해 폐지되었다.⁷⁷⁹⁾

이처럼 프로이센과 독일제국의 군사재판에서 군지휘관이 관할관으로서 강력한 권한을 행사하면서 사법권 독립이 보장되지 않고 공정한 재판이 저해되었으며 기존의 강력한 군사법원의 재판권은 1919년 바이마르 공화국에서 제한되었다가 1933년 국가사회주의독일노동자당 집권 이후 다시 전근대적 군사법원제도로 환원되었다. 이처럼 독일에서 군부정권의 영향력이 강할 때는 군지휘관 중심의 군사법원이 설치되어 운영되면서 사법재판제도에 많은 문제점을 드러낸 후, 제2차 세계대전 이후에는 현재까지 평시에는 군사법원의 제도를 시행하지 않으면서 사법권의 독립성을 강화하면서 군인의 인권을 보장하고 있다.⁷⁸⁰⁾

774) 박병욱·이계수, 앞의 논문, 171면.

775) 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지웅·임재성·전학선, 앞의 보고서, 300면.

776) 박병욱·이계수, 앞의 보고서, 175면.

777) 박병욱·이계수, 앞의 보고서, 176면.

778) Rüping, Hinrich/Jerouschek, Günter, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 4. Auflage, C.H.BECK, 2002, RN. 293.

779) 박병욱·이계수, 앞의 보고서, 171면.

나. 현행 독일 연방군

1945년 제2차 세계대전 직후 독일 군대는 폐지되었고, 독일(서독)은 군대 없이 국가를 수립하였다.⁷⁸¹⁾ 이후 1955년 파리조약에 의해 독일(서독)은 국제법적으로 주권 국가의 지위를 회복하면서 1955년 11월에 독일 연방군(*Bundeswehr*)이 창설되었다.⁷⁸²⁾ 독일(서독)은 군대를 국내외적으로 수용될 수 있도록 민주주의에 적합하게 조직하고 의회의 엄격한 통제장치를 구축하면서 창설했다.⁷⁸³⁾

이에 따라 독일은 과거 특별권력관계로 보던 군인의 지위를 '특수한 군복무관계'로 보고 있다.⁷⁸⁴⁾ 독일 군인법제에서 기본법 역할을 하는 「군인의 지위에 관한 법률(*Gesetz über die Rechtsstellung des Soldaten, Soldatengesetz, SG*)」에서는 군인도 원칙적으로 국민과 동일한 권리를 가지고 있음을 명시하면서, 그러한 권리는 군복무 수행이 필요한 영역에 있어서 법률에 근거한 의무에 근거해서 제한할 수 있다고 규정하고 있다(제6조).⁷⁸⁵⁾ 즉 군인의 권리 제한은 일반 국민의 기본권 제한의 방식과 동일한데,⁷⁸⁶⁾ 이것은 1952년 독일의 국방정책 자문가인 베르만이 사용한 용어인 '제복 입은 시민'이라는 개념에 부합하는 것으로서, "제복 입은 시민은 맹목적인 군인이 아니라 통찰과 확신에 따라 행동하는 인간을 추구"한다고 한다.⁷⁸⁷⁾ 다만 독일 「헌법」 제17a조에서는 군인에 대해서 의사표현의 자유, 집회의 자유, 청원권, 이전의 자유, 주거불가침권에 있어서 추가적인 제한이 가능할 수 있음을 규정하고 있다.

한편 1955년 창설 이래 징병제를 유지해 온 독일 연방군은 병력 충원의 어려움과

780) 김중길, "독일의 군 사법제도", 『최신외국법제정보』, 2018 제1호, 14면.

781) 이재승, "능동적 시민으로서의 군인 - 독일 군인법제를 중심으로 -", 『민주법학』, 제49호(2012.7.), 민주주의법학연구회, 129면("이재승(2012)"로 인용한다).

782) 이재승, "독일의 군인법제", 『일감법학』, 제16호(2009.8.), 건국대학교 법학연구소, 290면("이재승(2009)"로 인용한다).

783) 이재승(2012), 앞의 논문, 130면.

784) 이재승(2009), 앞의 논문, 291면.

785) § 6 Staatsbürgerliche Rechte des Soldaten

Der Soldat hat die gleichen staatsbürgerlichen Rechte wie jeder andere Staatsbürger. Seine Rechte werden im Rahmen der Erfordernisse des militärischen Dienstes durch seine gesetzlich begründeten Pflichten beschränkt.

786) 이재승(2009), 앞의 논문, 292면.

787) 이재승(2012), 앞의 논문, 136면.

군대의 현대적 임무에 따라 2011. 7. 1. 모병제로 전환하였다.⁷⁸⁸⁾

다. 현행 독일의 「군형법」

독일에도 별도의 「군형법(*Wehrstrafgesetz, WStG*)」이 존재한다. 「군형법」은 그것에만 적용될 수 있는 개념이 포함된 고유한 규정이 존재하지는 않고, 군인에게도 적용되는 일반 형법의 부분이라고 할 수 있다.⁷⁸⁹⁾ 독일 「군형법」은 연방군인이 행한 범죄(*Straftaten, die Soldaten der Bundeswehr begehen*)에 적용되고(제1조 제1항), 예를 들어 국방부장관과 같은 군인은 아닌 군의 상급자가 그 의무를 침해한 경우에도 적용된다(제1조 제2항). 따라서 민간인의 경우에는 군인의 상급자가 아닌 경우에는 「군형법」이 적용되지 않지만, 예외적으로 군사범죄(*Militärische Straftaten*)의 경우에는 이에 교사범(미수 포함)이나 방조범(미수 포함)으로 가담한 사람은 군인이 아니더라도 「군형법」이 적용된다(제1조 제4항).

‘군사범죄’란 독일 「군형법」의 각칙에 해당하는 제2편(제15조부터 제48조)에 규정된 범죄를 의미한다(제2조 제1호). 독일 「군형법」에 규정된 군사범죄의 숫자는 한국 「군형법」(제1조부터 제94조)에 비하여 상대적으로 작는데, 한국 「군형법」 제15장에 규정된 폭행·협박·상해·살인의 죄, 모욕의 죄, 강간과 추행의 죄 등과 같은 비순정군사범죄는 독일 「군형법」에는 규정되어 있지 않다.

라. 현행 독일의 군사법원

1) 원칙

독일에서는 「헌법」 제96조 제2항에 군사법원(*Wehrstrafgericht*)의 설치를 규정하고 있는데 그 내용은 다음과 같다: “연방은 군병력(*die Streitkräfte*)을 위한 군사법원을 연방법원으로 설치할 수 있다. 군사법원은 해외에 파견되거나 군함에 승선한 군 소속원의 형사재판권과 방위사태의 경우에 한정하여 형사재판권을 가질 수 있다. 상세한

788) 김태신, “재통일 이후 독일 연방군의 모병제 전환 노력과 그 시사점”, 『군사연구』, 제152집(2021.12.), 육군군사연구소, 65면.

789) *Lingens/Korte, Wehrstrafgesetz*, 6. Aufl., C.H.BECK, 2023, S. 1.

내용은 연방법률로 정한다. 군사법원들은 법무부장관의 업무에 속한다. 군사법원의 전임법관은 법관의 자격을 갖추어야 한다.”⁷⁹⁰⁾ 이 규정은 야당과 지방 주정부가 제2차 세계대전 당시 국가사회주의독일노동자당(나치스)의 경험을 이유로 군사법원이 평시에도 기능하는 것에 대해서 강하게 반대했었고 군대 이동의 신속성과 군사관계에 대한 전문지식의 필요성을 고려하여 규정하였다고 한다.⁷⁹¹⁾

이처럼 독일 「헌법」에서 군을 위한 군사법원 설치에 관하여 「헌법」에 근거를 규정하고 있지만, 현재 군사법원을 별도로 설치하지 않고 일반법원에서 군사재판을 담당한다. 즉 독일에서 군인이 형법상의 범죄나 군형법상의 범죄를 범한다면 일반법원이 군인에 대한 관할권을 가지고 있다.⁷⁹²⁾ 독일 「법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz, GVG)」 제14조에서는 특별법원(Besondere Gerichte)으로 항해법원(Gerichte der Schifffahrt)을 규정하고 있으나, 독일 「법원조직법」에 군사법원에 관해서는 규정되어 있지 않다.

독일에서는 일반법원이 군인의 형사사건에 대한 재판권을 가지고 있으므로, 군인에 대한 형사재판은 일반 「형사소송법」에 따라 수사와 공판절차가 진행된다. 예를 들어, 피해자의 권리를 보호하기 위한 규정도 그대로 적용되어 군인이 범한 사건의 피해자는 형사절차에 있어서 변호사의 조력을 받거나 변호사의 대리가 허용되며(독일 「형사소송법」 제406f조 제1항), 조사의 목적을 해할 우려가 없는 경우에 신뢰할 수 있는 사람이 피해자 신문 시에 참석할 수 있다(동조 제2항).

2) 해외파병 군인의 재판권에 대한 예외

독일에서는 위와 같이 군인 등의 형사사건에 대해서 재판권이 있는 일반법원이 관할권의 일반 규정에 따라 처리하고 있지만, 예외적으로 독일 「형사소송법」 제11a조에서는 해외파병에 대해서는 별도의 관할권을 2013.4.1. 이후 시행하고 있다. 즉,

790) Art 96 (2) Der Bund kann Wehrstrafgerichte für die Streitkräfte als Bundesgerichte errichten. Sie können die Strafgerichtsbarkeit nur im Verteidigungsfalle sowie über Angehörige der Streitkräfte ausüben, die in das Ausland entsandt oder an Bord von Kriegsschiffen eingeschifft sind. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz. Diese Gerichte gehören zum Geschäftsbereich des Bundesjustizministers. Ihre hauptamtlichen Richter müssen die Befähigung zum Richteramt haben.

791) 김환학, 앞의 보고서, 35면.

792) 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지용·임재성·전학선, 앞의 보고서, 282면.

“독일 형사소송법의 적용범위 밖에서 독일 「군인법(Soldatengesetz)」 제62조 제1항의 특별한 해외주둔 연방군인의 범죄가 발생한 경우에 켐프텐(Kempten) 시의 법원에 관할권이 존재한다”고 규정되어 있다.⁷⁹³⁾

제2차 세계대전 이후 독일 연방군이 1993년 나토의 코소보 공습 때 동참하면서 처음으로 해외파병이 시작되었고, 독일 연방헌법재판소는 1994.7.12. 의회의 사전승인 절차를 거쳐 나토지역 밖으로의 해외파병이 가능하다고 판단하였다.⁷⁹⁴⁾ 이후 1997년 보스니아에 해외파병이 이루어졌다. 이처럼 평화유지군으로 독일군의 해외파병이 가능하게 되면서, 해외 파병지에서의 군인 간의 범죄가 발생하였고, 2013년 이전에는 해외파병 이전의 부대 주둔지나 해당 군인의 독일 주소지에 관할권이 인정되었다. 그런데 해외파병이라는 특수한 상황에서 일반검찰이 파병지에서 발생한 군인의 형사 사건을 해결함에 전문성이 낮다는 점이 문제가 되었고, 이에 독일 「형사소송법」이 개정되어 특정 검찰청에서 전문성을 갖추어 파병군인의 범죄에 대해 전담하여 수사하도록 켐프텐(Kempten) 검찰청에 군사건 중점검사부(Schwerpunktstaatsanwaltschaft)를 설치하게 되었다.⁷⁹⁵⁾

��프텐 검찰청이 전담 수사권과 기소권을 가지게 되면서 켐프텐 지방법원에서 파병 군인의 형사재판 관할권을 가지게 되었고, 뮌헨 주법원(OLG)이 상소심 재판권을 가지게 되었다.⁷⁹⁶⁾ 해외파병 군인에 대한 전담 법원이 존재하면 사법 접근성이 높아지고 신속한 대응을 통해서 군대의 군율 유지에도 기여할 수 있다고 보았다.⁷⁹⁷⁾ 다만 독일 「형사소송법」 제11a조가 모든 사건에 대한 독점적인 관할권을 부여한 것은 아니며,

793) § 11a Gerichtsstand bei Auslandstaten von Soldaten in besonderer Auslandsverwendung
Wird eine Straftat außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes von Soldatinnen oder Soldaten der Bundeswehr in besonderer Auslandsverwendung (§ 62 Absatz 1 des Soldatengesetzes) begangen, so ist der Gerichtsstand bei dem für die Stadt Kempten zuständigen Gericht begründet.

794) 『조선일보』 1994년 7월 13일 보도, “독 “나토역외 파병 합헌”/현재 “유엔일원 군사활동””(https://www.chosun.com/site/data/html_dir/1994/07/13/1994071371101.html; 최종접속일: 2023년 9월 2일).

795) 박병욱·이계수, 앞의 논문, 187면.

796) Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 64. Aufl., 2021, § 11a RN 2.

797) 박병욱·이계수, 앞의 논문, 184면. 그러나 “해외 파병되는 연방독일군 소속 군징계법무관은 형사상 수사권을 가지지 못하므로 수사의 관점에서 본다면 결함이나 지연이 생길 수 있다는 점”이 한계로 지적된다(박병욱·이계수, 앞의 논문, 188면).

18세이상 21세 미만의 성인에 대해서는 독일 「청소년법원법(*Jugendgerichtsgesetz, JGG*)」 제108조에 따라 일반적인 청소년법원이 관할권을 가진다.⁷⁹⁸⁾

이렇게 캠프텐 검찰과 법원에 해외파병 군인에 대한 전속적 관할권을 인정하는 것에 대해서 비판이 제기된다. 특정 검찰과 법원에 사건을 전담시키면 군 지휘권 중심의 시각에서 재판이 이루어질 수 있으며 사실상 특별법원으로서 군사법원이 설치된 것과 마찬가지로 비판이 있다.⁷⁹⁹⁾

3) 방위사태에 대한 예외

독일에서 「기본법」에 군사법원의 근거가 존재할 뿐 현실적으로 군사법원이 설치되어 있지 않으나, 전시와 같은 방위사태의 경우에는 군사법원이 설치되면 해외에서 발생하거나 군함에서 일어난 모든 사건에 대해서 군사법원이 재판권을 가지게 된다.⁸⁰⁰⁾ 비상사태에 설치되는 군사법원의 관할권은 군인의 직무권한 행사와 관련된 범죄에 한정되지 않고 군인이 행한 모든 범죄에 미친다. 방위사태 시에 군사법원이 설치될 경우, 군사법원은 형법상의 범죄에 대해서뿐만 아니라 질서위반에 대한 재판에 대해서도 관할권을 가진다는 것이 독일의 통설이다.⁸⁰¹⁾

다만 독일 「기본법」 제96조 제2항에서 군사법원의 재판권은 군병력(*die Streitkräfte*)에만 존재하도록 규정하고 있으므로, 군사상 명령복종의 특징을 지닌 군병력이 아닌 경우, 즉 군사상 명령복종의 관계가 확고하지 않은 각종 군무원이나 종교업무를 담당하는 군종병 등에게는 방위사태에서도 군사법원의 재판권이 존재하지 않는다.⁸⁰²⁾ 그리고 독일에서 군사법원은 전시를 포함한 어떠한 경우도 일반국민에 대한 재판권을 가지지는 않는다.

전시와 같은 방위사태의 경우에 군사법원이 설치되면 해외에서 발생하거나 군함에서 일어난 모든 사건에 대해서 군사법원이 재판권을 가지게 됨에도, 독일 「기본법」은

798) Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 11a RN 3.

799) 박병욱·이계수, 앞의 논문, 189면.

800) Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, *Grundgesetz Kommentar*, 12. Aufl., C.H.BECK, 2012, Art.96 RN. 2.

801) v. Mangoldt/Klein/Starck, *Kommentar zum Grundgesetz Band 3*, 5. Aufl., Franz Vahlen, 2005, Art.96 RN. 11.

802) 박병욱·이계수, 앞의 논문, 185면.

이에 대한 범치국가원리에 부합되는 보호 수단을 규정하고 있다. 첫째, 방위사태 시 설치될 수 있는 군사법원의 관장을 국방부 장관이 아니라 법무부 장관이 하도록 규정하고 있다(독일 「기본법」 제96조 제2항 제4문). 법무부 장관이 군사법원을 관장한다는 것은 군사법원의 직무상 감독권도 법무부 장관에게 있다는 의미이고, 독일에서는 군사법원을 국방부 장관에게 관장시키는 것을 범치국가원리와 부합하지 않는 것으로 보기 때문이다.⁸⁰³⁾

둘째, 방위사태시 설치될 수 있는 군사법원의 전임법관은 법관의 자격을 갖춘 사람으로 한정하고 있다(독일 「기본법」 제96조 제2항 제5문). 이것은 방위사태시에도 군부대 소속의 군사법원이 설치되는 것이 아니라, 일반적 법원조직체계에 따라 지방법원, 주법원, 연방대법원에 군형사부가 별도로 설치된다는 의미이며, 방위사태가 선포되더라도 군병력이 상주하던 장소를 관할하는 일반법원에서 관할하게 되는 것이다.⁸⁰⁴⁾

마. 징계와 군무법원

독일에서는 군인의 범죄에 대한 군사재판과 별도로 군인의 징계절차 및 소원절차를 담당하는 기관으로 군무법원(*Truppendienstgericht*)이 설치되어 있다. 이에 대한 근거는 독일 「기본법」 제96조 제4항인데, “연방은 연방에 대해서 공법상의 근무관계에 있는 사람에 대해서 징계절차와 소원절차를 결정하는 연방법원을 설치할 수 있다.”고 규정되어 있다.⁸⁰⁵⁾

독일 「군징계법(*Wehrdisziplinarordnung, WDO*)」에 따른 군인의 징계 및 기타 소청(고충처리)에 관한 재판을 다루는 군무법원은 독일 「군징계법」 제69조 제1항과 제3항⁸⁰⁶⁾에 근거해서 독일 국방부(*Das Bundesministerium der Verteidigung*)가 법령(*Re*

803) 박병욱·이계수, 앞의 논문, 186면.

804) 박병욱·이계수, 앞의 논문, 186면.

805) Art 96 (4) Der Bund kann für Personen, die zu ihm in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen, Bundesgerichte zur Entscheidung in Disziplinarverfahren und Beschwerdeverfahren errichten.

806) § 69 Errichtung

(1) Das Bundesministerium der Verteidigung errichtet durch Rechtsverordnung die Truppendienstgerichte und bestimmt deren Sitz und Dienstbereich nach den sachlichen Bedürfnissen der Rechtspflege in der Bundeswehr und in Anlehnung an ihre Gliederung.

(3) Wird infolge einer Veränderung in der Gliederung der Bundeswehr oder im Interesse

chtsverordnung)으로 군무재판제도와 관련된 구성과 절차를 마련한다. 군무법원의 구성과 절차에 관해 구체적인 법령으로서 「군인징계절차법(Wehrdisziplinarordnung)」과 「군인항고절차법(Wehrbeschwerdeordnung)」이 규정되어 있다.⁸⁰⁷⁾

독일의 군무법원은 독일 「군징계법」에 규정된 징계를 결정하는데, 징계는 경징계(Einfache Disziplinarmaßnahmen)와 사법징계(Gerichtliche Disziplinarmaßnahmen) 두 가지로 구분된다. 경징계에는 견책(Verweis), 엄중견책(strenger Verweis), 징계법칙금(Disziplinarbuße), 외출제한(Ausgangsbeschränkung), 징계구금(Disziplinararrest)의 5가지 종류가 있는데(독일 「군징계법」 제22조 제1항), 경징계는 국방부 내부의 징계위원회(Disziplinarvorgesetzte)가 담당한다(독일 「군징계법」 제27조). 사법징계에는 감봉조치(Kürzung der Dienstbezüge), 진급금지(Beförderungsverbot), 호봉강등(Herabsetzung in der Besoldungsgruppe), 계급강등(Dienstgradherabsetzung), 해임(Entfernung aus dem Dienstverhältnis)이 있다(독일 「군징계법」 제58조 제1항).

3. 프랑스의 군사재판 (심승범)

프랑스에서는 1982년 이전 평시에도 특별법원의 형태로 군사법원이 존재했다.⁸⁰⁸⁾ 당시 군사법원의 구조적 특징 중 하나는 일반 군사법원과 특별군사법원이 분리되어 있었다는 점인데 특히 특별군사법원은 프랑스 군이 외국에 주둔할 때나 작전 수행 시에 임시로 설치되었다.⁸⁰⁹⁾ 그러나 1982년 이후 정식 법관이 아닌 군인의 재판개입, 비례성에 맞지 않은 중형 선고 및 군사기밀이란 명목하에 판결 근거의 부재 등에 대한 비판이 심화되자, 프랑스 입법부는 「형사소송법과 군사법원법을 수정하는 국가

einer geordneten Rechtspflege die Gerichtsorganisation geändert, kann das Bundesministerium der Verteidigung durch Rechtsverordnung bestimmen, dass schwebende Verfahren auf ein anderes Truppendienstgericht oder eine andere Truppendienstkammer übergehen, wenn dies zur sachdienlichen Förderung der Verfahren zweckmäßig ist.

807) 김환학, 앞의 보고서, 35면.

808) 박재현, “프랑스 사법제도의 시사점”, 『법과 정책』, 제19권 제1호(2013.2.), 제주대학교 법과정책연구원, 220면. 과거 프랑스 군사법원에 대한 세부 내용에 관해, Battais, Boris, “La justice militaire en temps de paix : l’activité judiciaire du conseil de guerre de Tours(1875-1913)”, Thèse de doctorat, Université Nantes Angers Le Mans, 2015.

809) 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지용·임재성·전학선, 앞의 보고서, 2015, 333면.

안보와 군 범죄에 대한 재판 및 예심에 관한 1982년 7월 21일 법률⁸¹⁰⁾을 통해 군사법원을 폐지하였다.⁸¹¹⁾ 이때 독일⁸¹²⁾과 파리에 군사법원을 그대로 남겨두었는데, 이마저도 「형사소송법과 군사법원법을 개정하는 1999년 11월 10일 법률」⁸¹³⁾제정 이후 순차적으로 폐지하였다.⁸¹⁴⁾ 다만 현재 “전시에는 즉시 군사법원이 설치된다”⁸¹⁵⁾. 이에 따라 평시와 전시에서의 재판절차는 다르게 전개된다.

현재 프랑스 군사재판에 있어 평시와 전시의 구분은 중요하다. 프랑스에서는 (프랑스령 해외영토를 제외하고) 평시에는 군사법원이 존재하지 않지만, 반면 전시에는 군사법원이 설치되기 때문에 수사절차 역시 평시와 전시가 다르게 전개된다. 프랑스 「군사법원법(*Le Code de justice militaire*)」은 위 두 시기에서의 수사절차를 분명히 구분하여 규정하고 있다.

가. 평시의 재판절차

프랑스에서는 평시에 군사법원이 없기에 일반 형사사건의 재판절차와 유사한 점이 많다. 이는 일반 「형사소송법」의 많은 준용 및 민간 법원의 군범죄자에 대한 더 많은 재판권 부여를 의미한다.⁸¹⁶⁾ 프랑스 「형사소송법」 제697조에 따르면, 평시의 군 범죄에 대한 재판은 각 고등법원 관할구역 내에 있는 지방법원 또는 중죄법원에서 이를 행하고, 군사법원 전문 재판부는 법관회의의 의견을 받아 관할 법원의 사법관으로

810) La loi n° 82-621 du 21 juillet 1982 relative à l'instruction et au jugement des infractions en matière militaire et de sûreté de l'Etat et modifiant les codes de procédure pénale et de justice militaire.

811) 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지용·임재성·전학선, 앞의 보고서, 336-337면; SAAS, Claire, “La justice militaire en France”, Revue d'Archives de politique criminelle n° 29, 2007, 185면.

812) 독일 내 프랑스 군 관련 기관에 대한 개입은 2차 세계대전 이후부터 그 기원을 찾을 수 있다. 이에 대한 세부 내용에 관해, Engels-Perrein, Hélène, “La présence militaire en Allemagne de 1945 à 1993”, Thèse de doctorat, Université de Metz, 1994, p.5 et ss.

813) La loi n° 99-929 du 10 novembre 1999 portant réforme du code de justice militaire et du code de procédure pénale.

814) 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지용·임재성·전학선, 앞의 보고서, 328면.

815) “En temps de guerre, les tribunaux des forces armées sont immédiatement établis”, 프랑스 「형사소송법」 제699조 제1항.

816) 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지용·임재성·전학선, 앞의 보고서, 292-293면.

구성된다. 이 전문 재판부의 법원(*Les formations de jugement, spécialisées en matière militaire*)은 프랑스 「군사법원법」 제L111-1조를 근거로 중죄와 경죄에 관해 재판을 진행할 수 있다. 즉 이는 평시 일반 검찰청 내 군사건⁸¹⁷⁾ 담당 검사가 수사를 맡아 진행하는 것처럼, 재판절차 역시 관할권이 있는 지방법원 내 담당재판부가 진행한다를 의미한다. 특히 프랑스는 일반 형사절차상 중죄사건에 대해 배심제도를 채택하고 있는데, 이는 군사재판절차에서도 발생한 범죄가 중죄로 간주될 경우 동일하게 적용된다.⁸¹⁸⁾

여기서 군사건은 “군인에 의한 범죄나 군인에 대한 범죄를 가리키는데”⁸¹⁹⁾, 보다 구체적으로 이는 “프랑스 군사법원법 제3권이 정하는 군사범죄 및 군사법원법 제61조 내지 제69조에 규정된 군인이 병역 중에 범한 보통법상 중죄 및 경죄”⁸²⁰⁾⁸²¹⁾에 해당한다. 따라서 군사건 담당 재판부는 위에 해당하는 범죄에 한해 재판할 수 있다. 만일 현병이 군사건과 관련되지 않은 일반 경찰 직무를 수행하는 중 범죄를 저지른 경우, 이는 일반 형사사건으로 간주되어 군사건 담당 재판부가 아닌 일반 형사 재판부에서 담당한다.⁸²²⁾

일반 형사소송법상의 기본원칙인 공개주의에 따라 군사재판의 심리 역시 공개진행이 원칙이다. 그러나 군사건이 군 기밀과 관련될 경우 또는 심리 중 군 기밀누출의

817) 여기서 군사건은 “군인에 의한 범죄나 군인에 대한 범죄를 가리키며, 이에 대한 절차는 형사소송법에서 규정하는 군에 관한 특별한 소송절차를 따른다”, 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지웅·임재성·전학선, 앞의 보고서, 292-293면.

818) 다만 배심원의 구성과 선정절차는 일반 형사절차와 동일하지 않다. 이에 관해, 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지웅·임재성·전학선, 앞의 보고서, 309면.

819) 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지웅·임재성·전학선, 앞의 보고서, 293면.

820) 프랑스 「형사소송법」 제697-1조.

821) 예를 들어 “군사법원법에서는 군사법을 ① 군 질서위반죄(*Des infractions d'ordre militaire*), ② 전시 국가기본이익 침해죄(*Des atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation en temps de guerre*)로 구분하여 규정하고 있다. 군 질서위반죄는 다시 네 가지로 구분하고 있는데, ① 군 의무위반죄(*Des infractions tendant à soustraire leur auteur à ses obligations militaires*), ② 명예 또는 책임위반죄(*Des infractions contre l'honneur ou le devoir*), ③ 규율위반죄(*Des infractions contre la discipline*), 그리고 ④ 명령위반죄(*Des infractions aux consignes*)로 구분하고 있다…… 전시 국가기본이익 침해죄는 두 가지로 구분되는데 ① 전시 간첩 및 배반의 죄(*De la trahison et de l'espionnage en temps de guerre*), ② 전시 국가방위 침해죄(*Des autres atteintes à la défense nationale en temps de guerre*)가 그것이다.”, 박병욱·유주성, 앞의 보고서, 72면.

822) 반면 현병이 명령 수행 중 범한 범죄에 대해서는 그러하지 아니하다. 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지웅·임재성·전학선, 앞의 보고서, 293면.

우려가 있을 경우, 예외적으로 비공개로 전개될 수 있다.⁸²³⁾ 프랑스 「형사소송법」 제698-9조 제1항에 따라 “비공개 재판이 명하여진 경우, 부대소송 또는 항변에 대한 결정의 선고에도 적용된다”⁸²⁴⁾. 이러한 예외 조항에도 불구하고 담당 판사는 군 사건에 대한 판결을 예외 없이 공개된 공판정에서 선고해야 한다. 이는 프랑스 「형사소송법」 제698-9조 제2항에 분명히 명시되어 있다.

나. 전시 및 비상사태시의 재판절차

프랑스에서는 평시와 달리 군의 특수성을 고려하여 전시 또는 국가비상사태에 군사법원이 설치된다.⁸²⁵⁾ 이어 담당 재판부가 구성되고 공판이 개시된다. 따라서 먼저 각 상황별 군사법원이 어떻게 설치되는지 살펴본 후 공판 및 평의절차의 전개에 대해서 검토한다.

1) 군사법원의 설치

프랑스에서는 전시에 예외적으로 군사법원이 설치되기 때문에 평시와 다른 재판절차를 따라야 한다. 먼저 프랑스 「헌법」 제35조에 규정된 바와 같이 의회의 승인을 통해 전쟁이 선포되면, 「군사법원법」 제L112-1조에 따라 프랑스 영토 내 군사법원이 설치된다. 해외지역 역시 특별군사법원이 설치될 수 있다.⁸²⁶⁾ 이 두 규정에 근거하여 해당 법원은 하나 또는 그 이상의 재판부 및 예심부를 구성할 수 있다. 비록 프랑스 「형사소송법」 제699조는 전시에 즉시 군사법원을 설치해야 한다고 명시함에도 보통 재판부를 구성하기까지 많은 시간이 소요된다. 따라서 군사법원이 업무를 개시할 수 있을 때까지 군 관련 사건은 관할 지방법원 또는 중죄법원에서 담당하고, 설치된 이후에는 해당 군사법원에서 그 업무를 지속한다.⁸²⁷⁾

프랑스 「형사소송법」은 전시뿐만 아니라 국가 비상사태에 대한 군사법원 설치 관련

823) 프랑스 「형사소송법」 제698-9조 제1항.

824) “Lorsque le huis clos a été ordonné, celui-ci s’applique au prononcé des jugements séparés qui peuvent intervenir sur des incidents ou exceptions.”

825) 프랑스에서 군 특수성에 대한 세부 내용에 관해, *Peton, Emmanuel-Marie*, “Droit et spécificité militaire”, in: *Revue d’INFLEXIONS* n° 18, 2011, 203면.

826) 프랑스 「군사법원법」 제L112-27조.

827) 프랑스 「형사소송법」 제699조.

규정을 두고 있다.⁸²⁸⁾ 먼저 동원령(*La mobilisation*) 또는 경계령(*La mise en garde*)의 경우에 대해, 프랑스 「형사소송법」 제699-1조는 “정부가 국방조직에 관한 1959년 1월 7일 행정명령 제59-147호⁸²⁹⁾에 규정된 요건에 따라 동원령 혹은 경계령을 발령한 때에는, 법무부장관 및 국방부장관의 보고서를 근거로 각료회의에서 제정된 명령으로 전시 군사법원법의 규정이 적용될 수 있음”⁸³⁰⁾을 명시하고 있다. 다시 말해 동원령 또는 경계령이 발동될 시 전시에 준한 군사법원 및 해당 재판부가 구성될 수 있음을 의미한다. 특히 동원령은 전체뿐만 아니라 부분적으로도 발령될 수 있으며⁸³¹⁾, 경계령은 “정부 활동의 자유를 보장하고, 주민과 주요 시설의 위험을 감소시키며 군대의 이동과 구축의 안전을 보장하기 위한 조치”⁸³²⁾를 가리킨다.

군사법원 설치의 계엄령(*Le cas d'état de siège*) 또는 긴급조치(*Le cas d'état d'urgence*)⁸³³⁾에서도 동일하게 허용된다.⁸³⁴⁾ 여기서 “계엄령은 국외에서 발생한 전쟁 또는 무장 폭동으로부터 기인한 임박한 위험이 있을 시에 발령되는 조치를 의미하고”⁸³⁵⁾, “긴급조치는 본질적으로 공공질서에 중대한 침해를 야기시킬 수 있는 임박한 위험시에 발령된다.”⁸³⁶⁾ 즉 두 조치 모두 ‘임박한 위험’이 본질적으로 내포되어 있는 경우에

828) Collet, André, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, in: Défense nationale, Dalloz, 2000, n° 53.

829) L'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense.

830) “Lorsque le Gouvernement décide l'application des mesures de mobilisation ou de mise en garde dans les conditions prévues par l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense, les dispositions du code de justice militaire relatives au temps de guerre peuvent être rendues applicables par décret en conseil des ministres pris sur le rapport du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre chargé de la défense.”

831) 프랑스 「국방법(*Le Code de la défense*)」 제L2141-4조.

832) 전학선, “프랑스의 계엄제도”, 『외법논집』, 제38권 제2호(2014.5), 한국외국어대학교 법학연구소, 6면.

833) 프랑스 계엄제도에 관한 세부 내용에 관해, 전학선, 위의 논문 참조.

834) 프랑스 「형사소송법」 제700조 제1항은 “계엄령 또는 비상사태를 선언한 경우에는 법무부장관 및 국방부장관의 보고서를 근거로 각료회의에서 제정한 명령으로 군사법원법에 정한 요건에 따라 군사법원을 설치할 수 있다”고 규정하고 있다(“En cas d'état de siège ou d'état d'urgence déclaré, un décret en conseil des ministres, pris sur le rapport du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre chargé de la défense, peut établir des tribunaux territoriaux des forces armées dans les conditions prévues par le code de justice militaire”).

835) 「계엄령에 관한 1878년 4월 3일 법률(*La loi du 3 avril 1878 relative à l'état de siège*)」 제1조.

836) Rayne, Serge, 앞의 총람, n° 172.

실행될 수 있다. 계엄령 또는 긴급조치 시 설치된 법원의 관할권은 「군사법원법」에서 규정하는 특칙에 따라 부여되고, 이와 관련된 규정은 전시 군 형사절차와 충돌하지 않는 선에서 적용된다.⁸³⁷⁾

2) 공판 및 평의의 전개

재판절차에 관해서 살펴보면, 전시에 기소를 맡은 정부위원(*Le commissaire du Gouvennement*)은 군사법원 내 재판부를 구성하는 판사에게 기소여부에 대한 결과를 알려야 한다.⁸³⁸⁾ 프랑스 「군사법원법」 제L222-16조에 따라 재판 일시 및 장소가 결정 되면 공판이 열린다. 앞서 살펴본 바와 같이 공판은 공개주의 원칙에 따라 공개된 장소에서 진행되어야 하고, 사회 질서나 풍속에 해가 될 시에는 예외적으로 비공개로 진행할 수 있으며, 또한 재판장은 미성년자 전부 또는 일부의 공판장 출입을 금지할 수 있다.⁸³⁹⁾ 다만 본 조는 법률심에 대한 판결에 대해서는 항상 공개된 장소에서 이루어져야 함을 분명히 하고 있다.

담당 재판부의 재판장은 형사절차의 기본원칙인 실체적 진실발견의 목적을 달성하기 위해 심리(*Les débats*)에 대한 자유 재량권을 가진다.⁸⁴⁰⁾ 보다 구체적으로 재판장은 위의 목적을 달성하기 위해 심리 중 모든 증거를 가져오게 할 수 있고 유용한 모든 조치를 할 수 있으며, 필요한 경우 모든 이들을 출석시킬 수 있다(프랑스 「군사법원법」 제L222-50조 제3항). 또한 검찰의 역할을 대신하는 정부위원이나 피고인 역시 증인을 요청할 수 있는데, 요청이 있을 시 재판장은 출석여부를 결정한다.⁸⁴¹⁾ 다만 증인은 동조 제4항에 따라 선서를 요하지 않으며, 그의 진술은 단지 정보로서만 간주된다. 공판이 종료되면 평의(*Les délibérations*)가 진행되고, 평의에는 법원서기를 포함하여 정부위원, 피고인 및 사소 당사자 등 재판과 관련된 어떠한 자도 참여할 수 없다.⁸⁴²⁾ 평의 후 투표가 진행되는데 이는 무기명의 방식으로 이루어지며, 피고인의 유죄가 확정될 시에는 각 피고인의 형벌에 대해 다시 투표가 전

837) 프랑스 「형사소송법」 제700조 제2항 및 제3항.

838) 프랑스 「군사법원법」 제L222-1조.

839) 프랑스 「군사법원법」 제L222-16조 제2항.

840) 프랑스 「군사법원법」 제L222-50조 제1항.

841) 프랑스 「군사법원법」 제L222-50조 제4항.

842) *Rayne, Serge*, 앞의 총람, n° 288.

개된다.⁸⁴³⁾ 이때 재판부는 「군사법원법」 제L222-68조에 따라 사소에 대한 사항도 함께 검토할 수 있는데, 필요한 경우 전부 또는 일부의 손해배상의 지불을 명할 수 있다. 양 당사자는 「군사법원법」 제L251-23조 이하에서 규정하는 절차에 따라 본 판결에 대해서는 항소할 수 있다.

다. 소결

프랑스에서는 1982년 7월 21일 법률에 따라 평시 군사법원이 폐지되었다. 평시에는 군사법원이 존재하지 않기에 군 재판절차는 일반 형사절차와 유사하다. 군 사건을 전문으로 하는 담당 검사가 있듯이 지방법원 내 군 사건을 담당하는 재판부가 존재한다. 이 재판부는 프랑스 「군사법원법」에서 규정하는 범죄에 한정되어 재판절차를 진행할 수 있고, 이외의 경우에는 일반 형사법원에서 이를 진행한다. 재판은 일반 형사소송법상의 기본원칙인 공개주의 준수하에 전개되어야 하고, 군사기밀과 관련될 경우 해당 사실은 비공개로 할 수 있다.

전시 또는 국가 비상사태의 경우에는 군사법원이 설치되기에 재판절차는 군사법원에서 담당한다. 군사법원이 설치되고 법원 내 재판부가 구성될 때까지 시간이 소요되기에, 그전까지는 관할 지방법원 또는 중죄법원 내 담당 재판부가 업무를 지속한다. 정부위원이 해당 사건에 대해 공소를 제기하면, 군사법원은 공판일을 지정한다. 공판은 평시와 같이 공개로 진행되며, 예외적인 경우에 비공개로 할 수 있다. 기소를 담당하는 정부위원은 재판절차에서도 검사를 대신하여 법원에 출석하여야 한다. 군 재판절차에서 증인은 의무적으로 선서를 요하지 않으며, 그의 진술은 단지 정보로만 간주된다. 심리가 종료된 후 평의가 전개되고, 피고인의 유무죄와 형벌이 결정된다. 만일 사인 소추가 있는 경우, 이도 함께 검토된다.

프랑스와 한국의 재판절차상 차이점은 먼저 평시 군사법원 존재와 관련 있다. 프랑스에서는 평시 군사법원이 존재하지 않기 때문에 일반 지방법원 또는 중죄법원 내 담당 재판부에서 군 사건에 대한 재판을 지휘한다. 반면 한국의 경우 군사법원이 평시에도 설치되기에, 군 사건은 관할 군사법원이 이를 담당한다. 다만 2021년 「군사법원법」이 개정되면서 성범죄 관련 사건 등은 프랑스와 같이 일반법원에서 공판절차

843) 프랑스 「군사법원법」 제L222-63조 및 제L222-64조.

를 전개한다. 다음으로 프랑스에서 재판절차는 공개주의 원칙이 적용되지만 군 기밀과 관련될 경우 비공개로 할 수 있다.

이러한 프랑스 군 공판절차에 관한 검토는 한국에서의 군사재판절차에 대하여 여러 시사점을 제공해 준다. 앞서 살펴본 바와 같이 프랑스에서는 평시에 군사법원이 존재하지 않는다. 과거 프랑스에서도 군사법원이 평시에도 설치되었다. 그러나 군 당국에 의한 재판 개입 및 군 특수성을 근거로 한 재판절차의 공정성 훼손 등의 이유로 1982. 7. 21. 법률을 통해 평시 군사법원은 폐지되었다. 1982년 프랑스에서 지적되었던 평시 군사법원 문제점은 현재 한국의 군사법원 및 군 형사절차 관련 문제점과 유사하다. 비록 2021년 9월 24일 법률을 통해 「군사법원법」을 개정했지만, 여전히 형사절차상 인권침해 사례가 발생하고 있다. 이러한 문제의 본질적인 원인은 군사법원의 구조적 문제와 관련 깊다. 따라서 '반드시 평시 군사법원의 존재가 군 특수성을 실현할 수 있는 유일한 방법인지'에 대해 다시 한번 고민해야 하고, 존재의 필요성이 분명할 시 제기되고 있는 여러 문제와 관련하여 더 많은 구조적 개선이 선행되어야 할 것이다. 이외 재판절차상 군 기밀 관련 사실에 대한 예외적 비공개, 증인에 대한 선서의무 면제 및 판결 시 사소에 대한 검토 또한 흥미로운 부분이다.

4. 스위스의 군사재판(심승범)

스위스에서는 한국과 같이 군사법원이 상시 존재한다.⁸⁴⁴⁾ 두 나라 간의 평시 군사법원의 존재는 군 재판절차 전반적 체계의 유사성과 연결된다. 그럼에도 각 나라의 다른 법적 특징으로 인한 여러 차이점을 발견할 수 있다. 이러한 유사점과 차이점을 보다 분명히 확인하기 위해 우선적으로 스위스 군 재판절차에 대한 전반의 이해가 선행되어야 한다. 따라서 먼저 스위스 군사법원의 일반적 성격에 대해 검토한 후 어떤 재판절차에 따라 군 사건의 유무죄가 결정되는지 확인하고자 한다.

844) 김이수, “한국 군사법제도 현황 및 개선방안에 대한 연구 : 군사법원 및 군법무관을 중심으로”, 한양대학교 행정자치대학원 석사학위논문, 2010, 9면.

가. 군 재판절차의 성격

스위스에서 군사법원의 독립성은 「스위스 연방헌법(*La Consitution fédérale de la confédération suisse*)」과 「군형사소송법」에서 보장하고 있다.⁸⁴⁵⁾ 군사법원은 특별 법원으로 군의 특수성을 고려하여 사건을 검토할 수 있는 독립된 법원이다. 이와 함께 일반 형사절차상 기본원칙이 군 형사절차에서도 보장되어야 한다.

1) 군사법원의 독립성

스위스 군사법원은 평시와 전시 모두 존재한다.⁸⁴⁶⁾ 이는 군 범죄를 신속하고 효율적으로 처리하기 위한 목적으로 평시에도 설치된다.⁸⁴⁷⁾ 과거 스위스에서 군사법원 폐지에 대한 논의가 있었지만, 군의 특수성으로 인한 일반 형사절차와의 분명한 구별의 필요성 등의 이유로 현재까지 군사법원은 유지되고 있다.⁸⁴⁸⁾ 군사법원은 스위스 영토 내외에서 발생한 군 관련 범죄의 유무죄를 판단하며, 효율적인 사건처리를 위해 전시에는 평시보다 심판권이 확대된다.⁸⁴⁹⁾ 스위스 군사법원의 재판권은 단지 군 관련 이익을 침해한 범죄에만 미치는 것이 아니라 공적 혹은 사적 이익을 침해한 범죄에 대해서도 미친다.⁸⁵⁰⁾

스위스 「연방 헌법」 제30조에 따라 모든 사건 당사자는 법률에 의해 독립된 법원에서 재판받을 권리가 보장된다. 마찬가지로 군사법원의 독립성은 「군형사소송법」에

845) 이러한 독립성은 보장되어야 할 최소한의 원칙으로 간주된다, *Btdzvosky, Pierre/Philippe, Angelozzi/Ruts, Fabien*, “La justice militaire suisse”, in: *Revue d’Éclairage*, 1/2021, 2면; 스위스 군사법원 홈페이지(<https://www.oa.admin.ch/fr/home.html>; 최종접속일: 2023년 9월 6일).

846) *Godel, Thierry*, 앞의 논문, pp.281-282; 스위스는 과거부터 지리상의 이유로 직간접적으로 많은 전쟁을 겪어 왔기에 평시 군사법원을 포함하여, 징병제 및 민병제 등 국방 관련 여러 특징적인 면을 찾아볼 수 있는데 그에 대해서는 김나루, “스위스의 대체복무제에 관한 주요 내용”, 『최신외국법제정보』, 제2호(2020.6.), 한국법제연구원, 16면; 스위스 민병제에 대한 세부 내용에 관해서는 박영도, 『스위스연방의 헌법개혁과 향후전망』, 한국법제연구원, 2004, 34면 참조.

847) *Godel, Thierry*, 앞의 논문, p.281; Sénat(Division des Études de législation comparée), 앞의 자료, p.2.

848) 과거 스위스 군사법원 폐지에 대한 세부 내용에 관해, *Godel, Thierry*, 앞의 논문, pp.283-294.

849) *Godel, Thierry*, 앞의 논문, pp.284-289.

850) 예를 들어 스위스 「군형법」 제108조에서 제114조b 혹은 제115조에서 제179a조에서 규정하고 있는 범죄.

의해 보장된다.⁸⁵¹⁾ 이러한 성격은 비단 군사법원 조직에 한정된 것은 아니며, 그 구성원의 지위와 임무에 있어서도 보장된다. 군법무단장(*L'auditeur en chef*)⁸⁵²⁾을 제외한 모든 군사재판의 구성원은 군인이며, 단지 임명기간 동안에만 군사재판 내에서 해당 임무를 수행한다.⁸⁵³⁾ 그럼에도 스위스 「군형사소송법」 제4a조 제2항은 군 당국의 개입을 배제하기 위해 예심판사의 수사지휘권에 대한 독립성을 보장하고 있다. 또한 동법 제7조 제1항, 제11조 제1항 및 제14조 제1항은 각 심급별 군사법원 판사를 연방 의회를 통해 임명되도록 하며, 군 당국으로부터 그 지위에 대한 독립성을 보장한다.

2) 재판절차의 기본원칙

먼저 재판절차의 원칙은 방어권(*Les droits de la défense*)과 관련 있다. 방어권은 인권법상 보장하고 있는 기본원칙으로 군 형사절차에서 의무적으로 보장된다. 이는 특히 변호인의 조력을 받을 권리와 관련 깊다. 스위스 「군형사소송법」 제130조 제1항은 피고인의 변호인에 대해 심리가 진행되는 전체의 시간 동안 출석해야 함을 규정하고 있다. 변호인의 출석 의무는 피고인에게 무기의 평등을 보장해 주고, 보다 공정한 재판이 이루어질 수 있도록 도와준다.

이 권리는 비단 재판절차에서만 보장되는 것은 아니며, 수사절차에서도 보장받을 수 있다. 「군형사법원에 관한 명령」 제43조는 증거보충수사에서의 변호인 선임을 규정하고 있다. 동조 제2항은 사건이 중대하거나 복잡할 시 군법무단장에게 국선변호인을 선임할 권한을 부여하고 있다. 이어 제3항은 예심판사에게 특정 경우에 있어 변호인을 출석시키게 할 수 있음을 명시하고 있다. 또한 피의자는 일반수사가 진행되는 동안 변호인을 선임할 권리를 가진다.⁸⁵⁴⁾ 특히 스위스 「군형사소송법」 제109조 제2항에 따르면 사건이 중대하거나 복잡할 시, 군사법원 재판장은 일반수사가 전개되는 동안 국선변호인을 지정할 수 있다.

다음으로 군 재판절차에서 구두주의(*Le principe d'oralité*)와 직접주의(*Le principe*

851) 스위스 「군형사소송법」 제1조.

852) '*L'auditeur en chef*'는 스위스 군사법원 전반의 사법행정을 담당하는 장으로서 역할을 수행하고 있다. 그의 군 형사절차상 권한과 조직상 위치를 비추어 '군법무단장'으로 의역하였다. 군법무단장의 역할에 관해, 스위스 「군형사소송법」 제16조 참조.

853) Sénat(Division des Études de législation comparée), 앞의 자료, p.26.

854) 스위스 「군형사소송법」 제109조 제1항.

d'immédiateté)가 보장되어야 한다.⁸⁵⁵⁾ 이 원칙들 또한 방어권과 함께 일반 재판절차상 기본원칙에 해당한다. 심리가 전개되는 동안 원칙적으로 증거는 법관 앞에서 구두로 제시되어야 한다.⁸⁵⁶⁾ 구두주의와 직접주의에 기초하여 판사는 양 당사자들에 의해 제출된 증거를 자유롭게 평가하고, 이를 바탕으로 유죄에 대한 심증을 형성할 수 있다.⁸⁵⁷⁾ 스위스 「군형사소송법」 제141조에 따라 만일 증거가 서증일 경우 공판정에서 낭독되어야 하고, 인증의 경우 예외를 제외하고 증인 또는 사법감정인 등에 의해 직접 진술되어야 한다.⁸⁵⁸⁾

게다가 군 형사절차에서 ‘법적 심문을 받을 권리(*Le droit d'être entendu*)’ 역시 보장되어야 한다. 이는 단지 피고인에 한정되는 것은 아니며 양 당사자 모두 사건 관련 절차상 주요한 사실에 대해 심문받을 권리가 있다.⁸⁵⁹⁾ 이 권리는 수사절차에서도 보장되어야 하는데, 특히 스위스 「군형사소송법」 제52조는 예심절차에 있어 피의자의 법적 심문권이 보장되어야 함을 규정하고 있다. “다만 법적 심문을 받을 권리의 보장은 수사를 포함한 모든 절차에서 어떠한 제한 없이 준수되어야 함을 의미하지는 않는다.”⁸⁶⁰⁾

나. 군 재판절차의 전개

군 재판절차의 전개는 시기적으로 공판절차의 개시 전과 후로 나눌 수 있다. 공판절차의 개시 전이란 기소권자가 공소를 제기한 후부터 공판절차가 열리는 시점까지를 의미한다. 또한 공판절차의 개시 후는 공판절차가 열린 후부터 판결선고까지를 가리킨다.

1) 공판절차 개시 전

공판절차가 열리기 위해, 우선 사건에 대한 수사가 종결되어야 한다. 앞서 살펴본 바와 같이 수사는 예심판사에 의해 지휘 된다. 예심판사는 수사가 더 이상 불필요하다

855) *Godel, Thierry*, 앞의 논문, p.310.

856) *Godel, Thierry*, 위의 논문, p.310.

857) 스위스 「군형사소송법」 제146조.

858) 공판정에서 예외적으로 낭독되는 경우에 대해, 스위스 「군형사소송법」 제141조 제2항 참조.

859) *Godel, Thierry*, 앞의 논문, p.308.

860) *Godel, Thierry*, 위의 논문, p.308.

고 판단될 시 수사를 종결할 수 있다. 수사가 종료되면 예심판사는 기소권자인 군 검사에게 수사 관련 서류를 전달해야 하고, 피의자와 피해자에게 이를 알려야 한다.⁸⁶¹⁾ 만일 수사가 충분하지 않다고 판단될 시, 스위스 「군형사소송법」 제113조에 따라 군 검사, 피의자 그리고 피해자는 추가수사(*Le complément de l'enquête ordinaire*)를 예심판사에게 요청할 수 있다. 그들은 수사가 종료되고 예심판사가 적절하다고 판단되는 기간 내에 이를 요청해야 한다.⁸⁶²⁾

재판절차에서도 필요하다면 수사가 재개될 수 있다. 이는 재판장에 의해 실현될 수 있는데, 스위스 「군형사소송법」 제62조는 “수사의 전개는 예심판사에 의해 명령되고, 일반수사가 종료된 후에는 1심 또는 2심의 담당 재판장에 의해 지휘된다.”⁸⁶³⁾고 규정하고 있다. 이는 공판 개시 전이나 후 모두 가능하다. 담당 법관은 만일 새로운 증거 제출의 필요성 또는 공소장 변경 등과 같은 긴급을 요하는 사유가 존재할 시 공판을 중단 또는 연기하고 추가수사를 요청할 수 있다.⁸⁶⁴⁾ 이때 재판장은 관련 서류를 다시 예심판사에게 전달해야 한다.⁸⁶⁵⁾

사건 당사자들에 의해 추가수사의 요청이 없다면 그리고 군 검사가 공소를 제기한다면 사건은 재판으로 넘어간다. 재판장은 「군형사소송법」 제124조에 따라 공소장을 받은 후 지체없이 공판 장소와 날짜를 지정해야 한다. 담당 법관은 공판준비를 위해 적어도 심리가 진행되기 10일 전에 피고인을 소환해야 하고, 만일 피고인이 구금되어 있다면, 적어도 심리 5일 전에는 그를 출석 시켜야 한다.⁸⁶⁶⁾

861) 스위스 「군형사소송법」 제112조.

862) 스위스 「군형사소송법」 제113조.

863) “Les opérations d'enquête sont ordonnées par le juge d'instruction et, après la clôture de l'enquête ordinaire, par le président du tribunal militaire ou du tribunal militaire d'appel.”

864) 스위스 「군형사소송법」 제143조.

865) *Godel, Thierry*, 앞의 논문, p.301.

866) 만일 피고인이 구금되어 있을 경우 적어도 5일 전에는 소환해야 한다(스위스 「군형사소송법」 제125조).

2) 공판절차 개시 후

공판 당일 판사, 법원서기, 군 검사, 피고인과 그의 변호인은 원칙적으로 지정된 공판장에 출석해야 한다.⁸⁶⁷⁾ 다만 예외적으로 재판장은 피고인에 대해 출석의무를 면제할 수 있다(스위스 「군형사소송법」 제130조 제2항 및 제3항). 만일 피고인이 허가 없이 공판일에 출석하지 아니할 경우, 재판장은 불출석 하에 공판을 전개할 수 있다.⁸⁶⁸⁾ 또한 재판장은 필요시 영장을 통해 그를 출석시킬 수 있다.⁸⁶⁹⁾ 이는 증인에 대해서도 동일하게 적용된다(스위스 「군형사소송법」 제132조). 만일 기소인인 군 검사의 출석이 불필요하다고 판단될 시 재판장은 그의 불출석을 허가할 수 있다.⁸⁷⁰⁾ 재판장은 양 당사자들의 출석을 확인한 후에 공판을 개시한다. 재판장은 「군형사소송법」 제134조 이하에서 규정하는 절차에 따라 인정신문 후 기소 사실에 대해 피고인 신문을 진행한다. 재판장은 필요시 증인 또는 사법감정인을 출석시켜 사건과 관련된 질문을 할 수 있다(스위스 「군형사소송법」 제138조, 제140조). 법관은 피고인 최후의 변론을 들은 후 평의(*La délibération*)를 진행한다.⁸⁷¹⁾ “법관은 공판절차에서 검토한 증거를 자유심증에 따라 자유롭게 평가하고” 유무죄를 결정할 수 있다.⁸⁷²⁾

재판장은 공개된 장소에서 양 당사자에게 이유를 들어 판결을 선고한다.⁸⁷³⁾ 만일 판결이유가 국가안보의 군 기밀과 관련되어 있을 경우, 이를 제외하고 낭독할 수 있다.⁸⁷⁴⁾ 이때 재판장은 스위스 「군형사소송법」 제152조에 따라 본 판결에 대해 불복 신청을 할 수 있음을 알려야 하고, 판결문에는 동법 제153조에서 규정하고 있는 내용을 적시해야 한다. 만일 제200조에서 규정하고 있는 재심 요건에 해당할 시 당사자는 재심을 신청할 수 있다. 법에서 규정하고 있는 기간 내에 불복신청이 없다면, 형은 확정된다.⁸⁷⁵⁾

867) 스위스 「군형사소송법」 제130조 제1항.

868) 스위스 「군형사소송법」 제130조 제4항.

869) 스위스 「군형사소송법」 제131조.

870) 스위스 「군형사소송법」 제133a조 제1항.

871) 스위스 「군형사소송법」 제114조와 제146조.

872) “Le tribunal apprécie librement les preuves, d’après la conviction qu’il a acquise au cours des débats”, 스위스 「군형사소송법」 제146조.

873) 스위스 「군형사소송법」 제152조 제1항.

874) 스위스 「군형사소송법」 제152조 제2항.

다. 소결

스위스 군사법원은 평시와 전시 모두 존재한다. 군사법원은 특별법원으로 그 독립성이 법적으로 보장된다. 이러한 독립성은 군사법원의 기관에 한정되지 않고 속한 구성원의 지위와 임무에도 적용된다. 또한 일반 형사절차의 기본원칙은 군 형사절차에도 적용된다. 예를 들어 변호인의 조력을 받을 권리 등의 방어권은 군 형사절차에서 의무적으로 보장되어야 한다. 마찬가지로 구두주의, 직접주의 그리고 법적 청문청구권 등 역시 함께 보장되어야 한다.

예심판사는 수사가 더 이상 필요치 않다고 판단할 때 수사를 종료하고, 관련 자료를 공소권을 가진 군검사에게 전달해야 한다. 만일 종료된 수사가 충분하지 않다고 판단하면 군검사, 피의자 및 피해자는 추가수사를 예심판사에게 요청할 수 있다. 스위스법은 재판절차에서도 이를 허용하고 있다. 만일 추가수사에 대한 요청이 없을 시 군검사의 기소에 이어 법원은 공판일과 장소를 지정한다.

공판일에는 변호인을 포함한 관련 당사자 모두 출석해야 한다. 다만 예외적으로 담당 법관은 피고인의 출석의무를 면제할 수 있고, 허가 없이 출석의무를 이행하지 않을 시에는 영장을 근거한 강제구인을 명할 수 있다. 이러한 출석의무의 면제는 기소권자인 군검사에게도 적용된다. 판사는 스위스 「군형사소송법」에서 규정하는 절차에 따라 공판을 진행할 수 있고, 필요시 증인 또는 사법감정인을 소환할 수 있다. 그는 자유심증에 따라 증거를 평가하고 유무죄를 결정한다. 판결은 공개된 장소에서 이유를 들어 선고되어야 하고, 이때 군 기밀과 관련된 사항은 제외될 수 있다.

스위스 군사재판의 공판절차는 그 세부 내용에 있어서는 차이가 있으나, 전반의 구조는 한국과 크게 다르지 않다. 먼저 스위스에서는 한국과 같이 평시에도 군사법원이 존재한다. 군 사건은 군사법원에서 진행되고, 형사소송법상 구두주의, 공개주의, 변호인의 조력을 받을 권리 등과 같은 기본원칙 또한 군 재판절차에도 적용된다. 한국 역시 군 재판절차에 있어 구두변론주의, 직접심리주의 및 공개주의를 기본원칙으로 채택하고 있다.⁸⁷⁵⁾ 또한 스위스법상 원칙적으로 공판은 공개로 진행되어야 함에도, 군 기밀과 관련된 사실일 경우 예외적으로 해당 사실을 비공개로 할 수 있다.

875) 스위스 「군형사소송법」 제210조.

876) 이상철·김홍석·김현주·김희동·임성훈, 『군사법원론』, 제2판, 박영사, 2011, 412-145면.

이 점 역시 한국과 동일하다(「헌법」 109조 및 「군사법원법」 제67조). 이외 스위스법은 원칙적으로 당사자에게 출석의무를 부과하고 있지만, 예외적인 경우 그들의 출석의무를 면제하고 있다는 점 역시 한국과 다르지 않다(「군사법원법」 제325조, 제357조, 제342조 및 제450조 등).

5. 입법례 검토 (김정환)

가. 입법례 정리

사법제도의 선진국이라 할 수 있는 미국, 독일, 프랑스, 스위스 등 5개국의 군사재판 공판절차에 대해서 살펴보았다. 그 주요 특징은 다음과 같다.

첫째, 미국의 경우, 세계 곳곳에서 전쟁을 수행하는 미국의 군 사법제도는 사법권의 성격보다는 지휘관의 지휘권 성격이 강하다. 군 부내 내에서 발생하는 범죄를 포함한 법적 문제에 대해서 군지휘관(CA)이 훈계에서부터 형사처벌을 받을 수 있는 군법회의 회부까지 결정할 수 있으며, 군지휘관에게 군법회의의 판결에 대한 승인권이 인정된다. 평시에 관할관 제도를 폐지한 한국과 달리 미국의 군지휘관에게는 재판 후 확인조치권이 인정되는데, 군지휘관은 판결의 사실확정, 법률적용 및 형의 선고 등 전반적인 사항에 관하여 판결을 승인하거나 이를 변경하는 권한을 보유한다.

군지휘관이 법무관의 자문을 토대로 보통군법회의의 개최를 결정할 경우는 기소에 해당하는 회부절차의 명령이 내려지는데, 이 명령을 근거로 군법회의의 공판담당검사는 피의자에게 소추청구장의 부분을 송달하게 된다. 재판절차를 개시하는 경우 군판사는 법무장교로서 군법회의에서 변호인, 검사 또는 양자의 경험이 많은 자 중에서 임명되며, 군판사는 오직 다른 군판사에 의해서만 감독을 받고 일반적인 군사적 의무는 부과되지 않는다. 군법회의에 있어서 군판사는 법률문제를 결정하고 배심원은 사실문제를 판단하는데, 배심원단은 지역사령관이 임명한다.

둘째, 독일의 경우는 「헌법」에서 평시에도 군사법원이 설치될 수 있는 근거를 규정하고 있음에도 실제로는 군사재판을 담당하는 군사법원을 설치하지 않고 일반법원에서 군사재판을 담당하고 있으며, 단지 군인의 징계절차 및 소원절차를 담당하는 군무법원을 두고 있다. 이것은 18세기 프로이센의 군사재판에서 군지휘관이 관할관으로서

강력한 권한을 행사하면서 사법권 독립이 보장되지 않고 공정한 재판이 저해되었고, 1933년 국가사회주의독일노동자당 집권 이후 다시 관할관 제도가 부활되어 전근대적 군사법원 제도로 환원되었던 경험에 기인한다. 이처럼 독일에서 군부정권의 영향력이 강할 때는 군지휘관 중심의 군사법원이 설치되어 운영되면서 사법재판제도에 많은 문제점들이 드러나게 되자 제2차 세계대전 이후 현재까지 평시에는 군사법원제도를 시행하지 않으면서 사법권의 독립성을 강화하고 군인의 인권을 보장하고 있다.

독일에서는 일반법원이 군인의 형사사건에 대한 재판권을 가지고 있으므로, 군인에 대한 형사재판은 일반 「형사소송법」에 따라 수사와 공판절차가 진행된다. 다만 해외 파병 군인의 형사재판에 대해서는 별도의 군사법원을 설치하지는 않으면서 일반법원 중 켐프텐(Kempten) 시의 법원에 관할권을 부여하고 있다. 2013년 이전에는 해외파병 이전의 부대 주둔지나 해당 군인의 독일 주소지에 관할권이 인정되었는데, 일반검찰이 파병지에서 발행한 군인의 형사사건을 해결함에 전문성이 낮다는 점이 문제가 되었고, 이에 독일 「형사소송법」이 개정되어 특정 검찰청에서 전문성을 갖추어 파병 군인의 범죄에 대해 전담하여 수사하도록 켐프텐 검찰청에 군사건 중점검사부를 설치하게 되었다. 켐프텐 검찰청이 전담 수사권과 기소권을 가지게 되면서 켐프텐 지방법원에서 파병군인의 형사재판 관할권을 가지게 되었고, 뮌헨 주법원이 상소심 재판권을 가지게 되었다. 해외파병 군인에 대한 전담 법원이 설치되면서 사법 접근성이 높아지고 신속한 대응을 통해서 군대의 군율 유지에도 기여할 수 있게 되었는데, 이에 대해서 특정 검찰과 법원에 사건을 전담시키면 군 지휘관 중심의 시각에서 재판이 이루어질 수 있으며 사실상 특별법원으로서 군사법원이 설치된 것과 마찬가지로 비판도 있다.

한편 독일에서 「기본법」에 군사법원의 근거가 존재할 뿐 현실적으로 군사법원이 설치되어 있지 않으나, 전시와 같은 방위사태의 경우에는 군사법원이 설치되면 해외에서 발생하거나 군함에서 일어난 모든 사건에 대해서 군사법원이 재판권을 가지게 된다. 비상사태에 설치되는 군사법원의 관할권은 군인의 직무권한 행사와 관련된 범죄에 한정되지 않고 군인이 행한 모든 범죄에 미친다. 방위사태 시에 군사법원이 설치될 경우, 군사법원은 형법상의 범죄에 대해서뿐만 아니라 질서위반에 대한 재판에 대해서도 관할권을 가진다.

셋째, 프랑스의 경우는 1982년 이전에는 평시에도 특별법원의 형태로 군사법원이 존재했으나, 법관이 아닌 군인의 재판개입, 비례성에 맞지 않은 중형 선고 및 군사기밀이란 명목하에 판결 근거의 부재 등에 대한 비판이 강해지자 1982. 7. 21. 군사법원을 폐지하여, 현재 프랑스령 해외영토를 제외하고는 평시에 군사법원이 존재하지 않는다. 평시의 군 범죄에 대한 재판은 각 고등법원 관할구역 내에 있는 지방법원 또는 중죄법원에서 이를 행하고, 군사법원 전문 재판부는 법관회의의 의견을 받아 관할 법원의 사법관으로 구성된다. 일반 형사소송법상의 기본원칙인 공개주의에 따라 군사재판의 심리 역시 공개재판이 원칙이고, 다만 군 사건이 군 기밀과 관련되는 경우 또는 심리 중 군 기밀누출의 우려가 있을 예외적인 경우는 비공개로 할 수 있다.

프랑스에서는 평시와 달리 군 특수성을 고려하여 전시 또는 국가 비상사태에 군사법원이 설치되어 군사재판을 맡는다. 군사법원이 설치되고 법원 내 재판부가 구성될 때까지 시간이 소요되기에, 그전까지는 관할 지방법원 또는 중죄법원 내 담당 재판부가 업무를 지속한다. 전시 또는 국가 비상사태시에 정부위원이 해당 사건에 대해 공소를 제기하면, 군사법원은 공판일을 지정한다. 공판은 평시와 같이 공개로 진행되며, 예외적인 경우에 비공개로 할 수 있다. 기소를 담당하는 정부위원은 재판절차에서도 검사를 대신하여 법원에 출석하여야 한다. 군 재판절차에서 증인은 의무적으로 선서를 요하지 않으며, 그의 진술은 단지 정보로만 간주된다. 심리가 종료된 후 평의가 전개되고, 피고인의 유무죄와 형벌이 결정된다. 만일 사인 소추가 있는 경우, 이도 함께 검토된다.

넷째, 스위스의 경우는 한국과 같이 평시에도 군사법원이 존재하는데, 스위스 군사법원은 특별법원으로 군의 특수성을 고려하여 사건을 검토할 수 있는 독립된 법원이다. 과거 스위스에서 군사법원 폐지에 대한 논의가 있었지만, 군의 특수성으로 인한 일반 형사절차와의 분명한 구별의 필요성 등의 이유로 현재까지 군사법원은 유지되고 있으며, 스위스 군사법원은 스위스 영토 내외에서 발생한 군 관련 범죄의 유무죄를 판단하는데 단지 군 관련 이익을 침해한 범죄에 대해서만 심판권이 한정되지 않고 공적 혹은 사적 이익을 함께 침해한 범죄에 대해서도 유무죄를 판단할 수 있다.

스위스 「연방헌법」과 「군형사소송법」에서 군사법원의 독립성을 보장하고 있는데, 군사법원 구성원의 지위와 임무도 보장된다. 군법무단장을 제외한 모든 군사재판의

구성원은 군인이며, 단지 임명된 기간 내에서만 군사재판과 관련한 임무를 수행한다. 또한 스위스 「군형사소송법」 제4a조 제2항은 군 당국의 개입을 배제하기 위해 예심판사의 수사지휘권에 대한 독립성을 보장하고 있으며, 동법 제7조 제1항, 제11조 제1항 및 제14조 제1항은 심급별 군사법원 판사를 연방의회에서 임명하도록 하여 군 당국으로부터 그 지위에 대한 독립성을 보장하고 있다. 또한 일반 형사절차의 기본원칙은 군 형사절차에도 적용되어, 변호인의 조력을 받을 권리, 구두주의, 직접주의, 청문권 등이 보장된다.

나. 군사재판의 방향성

미국, 독일, 프랑스, 스위스의 군사재판제도를 보면, 통일적 형태는 존재하지 않으며 각 국가의 역사적 배경과 현재 상황에 따라 군사재판을 운영하고 있음을 확인할 수 있었다. 군사재판에 있어서 미국은 평시에도 군지휘관의 권한을 넓게 인정하고 있지만, 반면에 독일과 프랑스는 평시에 군사법원을 운영하지 않고 일반법원에서 군사재판을 담당하고 있다. 스위스의 경우는 평시에 별도의 군사법원에서 군사재판을 하면서도, 군사법원의 독립성을 보장하고 군사재판절차를 일반 형사절차에 따르도록 하고 있다.

각 국가의 상황에 따라 군사재판제도의 운영형태가 다른 것은 무엇보다도 군사재판의 성격을 어떻게 볼 것인지에 대한 시각의 차이에 기인한다. 미국은 군사재판의 성격을 사법기능을 담당하는 기관으로 보기보다는 군 지휘권의 일환으로 보는 시각에서 군지휘관에게 군사재판에 대한 권한을 부여하고 있으며, 반면 독일이나 프랑스는 군사재판을 사법기능의 일종으로 보고 일반법원의 판사가 담당하도록 하고 있다. 군의 특수성을 고려하여 군사법원을 별도로 운영하지만 재판의 독립성을 강조하는 스위스도 군사재판을 사법기능의 일종으로 보고 있다고 할 수 있다.

이상의 내용에서 확인할 수 있는 군사재판의 방향성은 첫째, 군사법원을 별도로 설치하더라도 군사법원에서 행해지는 군사재판의 절차는 피고인의 인권보장과 재판의 공정성을 확보하기 위해서 재판의 독립성이 확보될 수 있도록 하고 일반 형사절차에 따라 진행되도록 노력하고 있다는 것이다. 일반법원에서 군사재판을 담당하는 독일이나 프랑스는 당연히 재판의 독립성이 보장되는 판사가 일반 형사절차에 따라

재판하게 되고, 별도의 군사법원을 운영하는 스위스도 군사재판을 담당하는 군판사의 독립성을 강조한다. 군사재판을 군 지휘권의 일환으로 보는 미국도 재판절차에서는 군판사의 독립성과 배심제를 통해 피고인의 인권을 보장하고 있다.

둘째, 평시 군사재판에서도 군의 특수성을 고려하는 것이 일반적이라는 점이다. 미국과 스위스는 군의 특수성을 고려해서 평시에 군사법원을 설치하고 있으며, 평시에 군사법원을 설치하지 않는 독일도 해외파병 군인에 대한 예외적인 관할권을 특정 법원에 인정하고 있다. 특별히 프랑스에서만 평시의 군사재판에 대한 특수성을 고려하지 않고 있는 점이 눈에 띈다.

셋째, 별도로 군사법원을 설치하더라도 군사법원의 구성원을 국방부 소속의 군인으로 할 것인지 그 외 행정기관의 소속 공무원으로 할 것인지는 통일되지 않는다는 점이다. 특히 독일은 전시와 같은 방위사태의 경우에 군사법원이 설치되는데 이때에도 군사법원에 대한 지휘는 군사재판의 독립성과 전문성을 보장하기 위해서 국방부장관이 아니라 법무부장관이 하도록 하고 있다.

제4절 | 소결

군사법원에서 행하는 군사재판에 대한 개선논의는 2005년 대법원에 설치된 사법제도개혁추진위원회에서 본격적으로 다루어지기 시작하였는데, 평시 군사법원 폐지를 비롯하여 군사법원 설치부대의 기준 상향, 관할관 및 심판관제도의 폐지 등 군 사법제도의 공정성과 독립성을 강화하는 방향에서 주요하게 논의되었다. 2018년에는 군인의 기본권과 인권을 실질적으로 보장하고 군 사법개혁에 대한 요구에 부응하기 위해서 국방부는 ‘국방개혁 2.0’을 발표했는데, 여기에는 군사법원의 독립성을 강화하기 위해서 고등군사법원을 폐지하고 평시에 관할관의 확인조치권과 심판관제도를 폐지하는 내용이 포함되어 있었다. 2021년 성추행을 당한 공군 여성 부사관의 자살 사건을 계기로 2021. 9. 24. 「군사법원법」이 전면 개정되어 2022. 7. 1. 시행되었다. 2021년 「군사법원법」 개정에서는 군사재판의 독립성을 저해하였던 관할관 및 심판관제도를 폐지하였고, 성폭력범죄, 사망사건 관련 범죄 및 군인 등의 신분 취득 전에 저지른 범죄를 군사법원의 재판권에서 제외하는 등 군사재판의 독립성과 공정성을 보장하는 방향으로 「군사법원법」이 개정되었다.

특히 1946년 「조선경비법」에서 군지휘관이 재판권을 행사하였고 이후 해당 군사법원의 행정사무를 관장하던 사람으로서 1962년 「군법회의법」에서 처음 사용된 관할관의 존재는 군사재판을 사법기능으로 이해하기보다는 군의 특수성을 강조하여 군사재판도 군 지휘권의 연장선에서 이해해 온 것이었다. 관할관 제도는 형사재판에 군지휘관이 개입하여 사법권 독립을 침해하는 것으로서 그 제도의 폐지 논의가 지속되었고, 마침내 2021년 「군사법원법」 개정에서 관할관 제도는 폐지되었다. 또한 군판사와 함께 군사재판의 재판관 역할을 하던 사람으로서 영관급 이상의 장교 중에서 관할관이 임명한 심판관제도는 재판의 공정성 및 신뢰성에 문제가 있고 「헌법」에서 보장되는 법관에 의한 재판을 받을 권리에 반한다는 비판을 받았으며, 그 제도의 폐지가 논의되어 오다가 관할관과 마찬가지로 2021년 「군사법원법」 개정에서 폐지되었다.

과거 군사재판에서 관할관과 심판관이 필요한 이유는 군의 특수성, 즉 국가안전보장과 국토방위의 임무를 수행하는 군은 평시에도 엄격한 지휘명령 체계가 작동하고

군기의 유지가 중요하고 근무 시간과 근무지가 일반적인 사회생활과는 다른 특성에서 찾았다. 하지만 이러한 논거로 법관에 의한 재판권을 받을 기본권과 사법부의 독립성을 제한하는 것은 타당하다고 볼 수 없었다. 군사법원의 성격을 사법부의 한 부분으로서 특별법원으로, 즉 사법기능으로 보아야 하는 것이지, 군통수권의 보조기능으로 이해할 수 없기 때문이다. 군사재판에서 군의 특수성은 고려될 수 있지만, 이것은 사법의 독립성과 법관에 의해 재판권을 받을 권리를 침해하지 않는 방법, 예를 들어 일반 장교의 전문심리위원 활용 등으로 군사재판에 반영되도록 보완할 수 있고, 그렇게 하는 것이 바람직할 것이다. 이렇게 군사법원의 성격을 사법기능을 담당하는 특별법원으로 보는 시각에서 현행 군사재판의 공판절차상 개선이 요구되는 사항을 검토하면 다음과 같다.

첫째, 군사재판을 담당하는 군판사의 독립성 보장을 보완하는 것이 필요하다. 2021년 개정된 현행 「군사법원법」 제21조 제1항에서는 군사법원의 재판관은 헌법과 법률에 의거한 양심에 따라 독립하여 심판함을 명시하고 있으며, 군사법원의 재판관은 군판사 3인으로 구성된다. 군사재판을 담당하는 군판사는 국방부 소속의 군인 신분인데, 재판의 공정성과 관련해서 군사재판의 재판관을 현재와 같이 군인 신분으로 할 것인지 그렇지 않고 군인이 아닌 일반법원의 판사가 담당하도록 할 것인지가 논의될 수 있다. 다만 국방부 소속의 군사법원이 별도로 존재하는 현실에서, 군사법원을 설치하는 것이 재판의 독립성 측면에서 타당하기 위해서는 군사재판을 담당하는 군판사에 대한 국방부장관 등의 영향력이 최소화되어야 하는 것이 현실적으로 우선 필요하다. 비록 국방부 소속의 군인 신분인 군판사가 군사재판을 담당하는 상황에서 군사재판을 담당하는 군판사의 독립성을 확보하기 위한 제도적 보장 수단을 「군사법원법」에 규정하고 있지만, 이에 대한 보완의 필요성이 존재한다. ① 군판사의 임기와 정년이 일반법원 판사의 임기와 정년보다 짧게 규정되어 있다는 점이다. 이것은 군판사의 업무의 독립성보다는 군인의 계급이라는 신분상 직급을 우선시한 것이라고 할 수 있으며, 군사재판의 독립성을 충분히 보장한다고 할 수 없다. 군판사의 신분보장을 강화하기 위해서는 군판사의 정년을 군인의 계급에 따라 규정할 것이 아니라 일반법원 판사의 정년과 대등하게 규정하는 것이 바람직할 것이다. ② 군사법원운영위원회의 구성에 있어서 국방부장관의 영향력이 과도한 점을 개선해야 한다. 군판사의 임명·연임에 대한 동의뿐만 아니라 군사법원규칙의 제·개정의 심의·의결 등을 담당하는 군사법원

운영위원회의 위원 모두가 국방부장관의 영향을 받는 인사로 구성된 점은 군판사 독립성의 보장과는 배치된다.

둘째, 군사재판의 공판단계에서 국선변호인제도는 제도상으로는 피고인의 인권 친화적 형사절차를 구현하고 있다고 평가할 수 있다. ① 국선변호인 선정의 범위와 관련해서 일반 형사재판과 달리 모든 군사재판을 국선변호인이 필요한 사건으로 하고 있고, ② 국선변호인의 자격과 관련해서 변호사의 자격이 있는 사람만을 주체로 하고 있으며, ③ 국선변호인의 명단을 공개해서 피고인의 선택권을 보장하도록 노력하고 있기 때문이다. 다만 일반 형사재판의 국선변호인 선임률보다 군사재판의 국선변호인 선임률이 낮은 현실은, 군사재판에서 국선변호인제도의 실효적 운용이 요구된다는 것을 보여준다. 군사재판의 피고인이 국선변호인을 적극적으로 활용할 수 있도록 군사재판에서 국선변호인으로 활동하는 민간인 변호사의 수 및 경험이 풍부한 변호사의 수를 확대하는 등의 지속적 노력이 필요한 상황이다.

셋째, 군사재판에서 피의자와 피고인에 대한 조건부 구속의 도입을 고려할 수 있다. 무죄추정의 원칙을 구현하고 개인의 자유를 보장하기 위한 조건부 구속의 도입은 수사단계에서 피의자의 방어권을 위해서 필요할 뿐만 아니라 공판단계에서 피고인의 방어권을 위해서도 필요하고, 제도의 도입 취지를 생각하면 조건부 구속의 도입을 수사단계에 제한하고 공판단계에서 하지 않을 이유는 없다. 일반 형사사건의 공판단계에서 조건부 구속의 도입이 필요하다면, 군사재판의 공판에서의 도입의 필요성도 제기될 수 있다. 비록 군사재판에서 군인 신분인 피고인의 구속률이 일반형사사건에서 피고인의 구속률보다 낮지만, 여전히 군사재판의 피고인 중 구속된 상태로 재판받는 피고인이 다수 존재하고, 군 간부나 군무원이 군사재판의 피고인인 경우는 민간인 피고인의 생활환경과 유사하고, 군사재판도 제2심부터 일반법원에 재판권이 존재하는 상황에서 일반법원에서 사용해야 할 제도를 도입하지 않을 이유는 없다.

넷째, 2021년 「군사법원법」의 전면적 개정을 통해 소송절차 전반에 걸쳐 「형사소송법」에 존재하는 제도들이 대부분 수용된 상황이지만, 군검사의 피의자신문조서와 군사경찰관의 피의자신문조서의 증거능력 인정 요건을 차별적으로 규정하였던 것은 그대로 유지되고 있는 것과 관련해서 군검사 작성의 피의자신문조서도 피고인이나 변호인이 내용을 인정할 때 증거능력을 인정하도록 개정함이 바람직하다. 1954년

제정 「형사소송법」 이후 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 검사와 경찰이라는 작성 주체에 따라 달리 규정하여 경찰이 작성한 피의자신문조서의 증거능력 인정 요건을 엄격하게 제한함에 따라, 경찰에서의 피의자신문 이후에 검사는 다시 피의자신문을 하고 경찰이 작성한 피의자신문조서보다 정돈된 피의자신문조서를 작성하여 공판에 제출하여 공판중심주의를 형해화시키는 이중 수사와 조서재판의 관행이 형성되었다. 이러한 관행을 깨고 공판중심주의를 구현하고자 경찰 작성의 피의자신문조서 증거능력 인정 요건과 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정 요건을 동일하도록 「형사소송법」에 규정한 것이다. 일반사건의 수사에 있어서 검사와 사법경찰의 관계와 마찬가지로 군 사건의 수사에 있어서도 군검사와 군사경찰의 관계를 지휘·명령의 관계가 아니라 상호협력의 관계로 개정하면서, 군검사 작성의 피의자신문조서 증거능력 인정 요건을 군사경찰 작성의 피의자신문조서 증거능력의 인정 요건과 다르게 할 이유는 찾기 어렵다.

다섯째, 군사재판의 공판단계에는 전문심리위원제도가 존재하지 않는데, 감정인의 진술과 달리 그의 진술이 독립된 증거방법으로 사용되지 않는 전문심리위원의 전문적 설명이나 의견으로 재판에 도움을 받아 충실한 심리와 신속한 분쟁 해결을 도모함이 필요하다. 검사가 제출한 공소장이나 변호인의 변론서에 전문적 용어나 도면 등이 포함된 때에 감정인을 지정하기 이전에 전문심리위원을 활용한다면, 쟁점을 명확히 할 수 있으며 나아가 감정을 명해서 감정 결과를 받아야 하는지도 바로 판단할 수 있게 된다. 또한 군 사법제도의 독립성을 보장하기 위해서 2021년 「군사법원법」이 전면 개정되어 군사법원의 재판권이 축소되고 관할관·심판관 등의 제도가 폐지되었는데, 그렇다고 군의 특수성과 전문성이 부정되는 것은 아니므로 전문심리위원제도를 도입하여 군사재판에서 활용하는 방안이 합리적이라고 판단된다. 특히 군 시설·무기나 군사기밀 등과 관련된 사건의 경우에 있어서 감정을 명하기 이전에 군대 내의 군사전문가로부터 비공식적으로 자문받기보다는 자문을 제도화하여 공식적인 절차를 거치도록 하는 것이 공정한 재판을 도모하는 방법일 것이다.

여섯째, 일반형사사건에 있어서 국민참여재판의 도입 취지와 마찬가지로 군사재판의 독립성 및 공정성 확보와 사법제도에 대한 국민의 신뢰를 확보하기 위해서는 장병참여재판의 도입을 생각해 볼 수 있다. 그러나 장병참여재판은 군사재판의 현실을

고려하면 도입하기는 어렵다. 활용성의 측면에서 장병참여재판이 실제로 진행될 수 있는 군사재판의 사건 수가 매우 적을 것이라는 근본적인 의문이 제기되기 때문이다. 군사재판 제도의 큰 변화를 일으킬 장병참여재판의 도입은 운용을 위한 인적 및 물적인 측면에서 큰 비용을 들여야만 하는데, 장병참여재판이 활용될 수 있는 사건이 2021년 개정으로 더욱 축소된 상황에서 극소수의 사건에서만 활용될 제도를 도입하는 것은 비효율적일 뿐만 아니라 이를 도입하여 운용할 경우에 그 제도 자체의 의미를 반감시킬 우려도 제기된다. 장병참여재판으로 진행될 수 있는 군사재판 사건의 수가 극히 적을 것이라는 현실적인 상황을 고려할 때 장병참여재판의 도입은 어렵다고 판단된다.

제 8 장

공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

결론 및 정책대안

김유근·김정환

결론 및 정책대안

- 2000년대 들어 훈련 중 사망사고, 가혹행위, 의문사, 성폭력 그리고 왜곡·조작·축소·은폐 등 군인권침해사건들이 사회적 이슈가 되어서야 비로소 2021년에 군 사법개혁이 가능하게 된 것이 사실이다.
- 우리나라의 2021년 「군사법원법」 개정은 1988년 「군사법원법」이 전면개정된 이래 가장 괄목할 만한 군사사법체계의 개혁을 단행한 것이라고 평가될 수 있다. 동 개정법률의 기본방향은 무엇보다도 (1)군사재판체계의 구조적인 변화와 (2)시민통제 그리고 (3)군 형사소송절차에서의 피해자보호로 요약할 수 있다. 그러나 그렇다고 하여 전혀 문제가 없는 것은 아니며 그것은 군사법원에 내재하는 구조적인 문제점으로부터 개별적인 문제에 이른다.
- 국제인권규범이나 주요 외국의 입법례를 살펴볼 때 ① 이른바 지휘관 사법(司法)의 후퇴, ② 외부적인 시민감시(control by civilian), ③ 민간인에 대한 군사재판의 배제 그리고 ④ 문민화(civilization)는 명확히 인식가능한 세계적인 추세이다.
 - 국제인권규범과 유엔 결의안 그리고 군사재판에 관한 기본원칙안들에 있어서 공통적인 것은 이들이 재판의 독립성·중립성·투명성·공정성이 보장되지 않은 평시 군사재판은 폐지되어야 한다는 점, 군사법원을 설치한다고 하더라도 그 대상은 순수 군사범죄에 한정되어야 한다는 점, 그리고 소송관련자들에게는 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제14조가 정한 공정한 재판을 받을 권리가 완전하게 보장되어야 한다는 점, 이 권리는 인권침해의 우려가 더 큰 국가비상사태나 전시에 더욱 보장되어야 한다는 점, 민간인에 대한 군사재판은 원칙적으로 평시이든 전시이든 허용되지 않으나 예외적으로 국가비상사태인 경우에는 극히 예외적인 경우에 한하여, 즉 한 국가의 사법기능이

완전히 정지된 경우에 한하여 허용될 수 있다는 점, 군사재판의 독립성·중립성·투명성·공정성은 인적 구성에서의 독립성과 적법절차의 확립을 통하여 보장될 수 있다는 점 등을 제시하고 있다는 점이다.

- 그런데 주요 외국 입법례들을 살펴보면 역사적인 이유로 혹은 우리나라나 대만과 같이 인권침해사건으로 인하여 군사법원을 폐지한 경우도 있으나 최근의 경향에는 국제인권규범의 이행과 관련하여 상기의 요건을 충족할 수 없어서 군사법원을 폐지하는 경우들도 나타나고 있다.
- 군 수사 및 군사재판에서의 인권침해 사례의 분석
 - 군 형사절차에서 인권침해 사례를 살펴보면, 다수의 경우가 수사절차에 발생하고 있고 수사절차에서 발생하는 인권침해는 수사절차 전반에서 확인이 된다. ① 군 수사기관의 피의자신문 시 범죄사실과 관련 없는 질문을 하여 과도하게 개인정보를 수집한 사례, ② 수사절차상 적절한 의료 조치를 하지 않은 사례, ③ 군 수사기관이 가혹행위 및 성범죄 피해자의 보호자에게 해당 사실을 신속히 통지하지 않아 추가 피해가 발생한 사례, ④ 과도한 수사로 인해 피의자의 사생활의 비밀과 자유가 침해된 사례 등이 확인된다. 비록 2021년 「군사법원법」 개정으로 많은 부분이 개선되었음에도 불구하고 2023년 한국 사회에서 크게 이슈화된 2023.7.19. 해병대 제1사단 일병 사망사건 그리고 해당 사건을 조사하면서 발생한 항명사건은 여전히 군 수사절차에서의 문제점은 완전히 해소되지 못했음을 보여준다.
 - 군사재판의 공판절차에서 발생하는 인권침해의 사례는 많지 않지만, ① 송달 주소의 변경이 처리되지 않은 사례, ② 공판정에서 피고인이 포승줄 및 수갑을 찬 상태로 관련 서류를 작성하고 선서한 사례, ③ 변호인 접견에 대해 요청했음에도 불구하고 군사법원 담당자의 업무착오 등으로 인해 국선변호인 선임과 관련된 사실을 전달받지 못한 사례 등이 확인된다.
 - 군 형사절차에서 인권침해 사례는 수사 및 공판절차에서만 아니라, 구금시설 내의 수용절차에서도 확인된다. ① 미결수용자 접견 시 녹음 및 녹화에 대한 구체적인 지침과 사전 고지 없이 진행한 사례, ② 미결수용자 서명등록부를 입소 순서에 따라 차례로 작성하도록 하여 먼저 작성한 미결수용자의 개인

정보가 노출되는 사례, ③ 구금시설 내 징계 입창자를 포함하여 모든 수용자에게 절차상 거실현황표를 작성하도록 한 사례 등이 확인된다.

- 이와 같은 인권침해의 사례들뿐만 아니라 군 사법제도 자체에 대한 비판이 2005년 이후 본격적으로 다루어지면서 군 사법제도의 공정성과 독립성을 강화하는 방향에서 군 사법제도의 개혁이 논의되었다. 특히 2021년 성추행을 당한 공군 여성 부사관이 그 사실을 군 내부에 여러 차례 신고하였으나 모두 무시되고 2차 가해까지 당해 자살을 한 사건을 계기로, 그동안 논의되었던 군 사법제도의 개혁안을 기초로 하여 2021. 9. 24. 「군사법원법」이 전면 개정되어 2022. 7. 1. 시행되었다. 2021년 「군사법원법」 개정에서는 군사법원의 독립성을 저해하였던 관할관 및 심판관제도를 폐지하였고, 성폭력 범죄, 사망 사건 관련 범죄 및 군인 등의 신분 취득 전에 저지른 범죄를 군사법원의 재판권에서 제외하였고, 국방부장관 및 각 군 참모총장 소속으로 검찰단을 설치하고, 군검사의 구속영장 청구에 있어서 부대장의 승인제도를 폐지하는 등 군사법원 및 군검찰의 독립성과 군사재판 및 군 수사의 공정성을 보장하는 방향으로 「군사법원법」이 개정되었다.
- 2021년 개정 「군사법원법」의 문제점과 개선방안
 - 평시 군사법원의 유지의 문제
 - 2021년 군 형사사법개혁에도 불구하고 군 형사사법체계의 독립성·중립성·투명성 그리고 공정성을 확보하는 데에는 한계가 있었다고 판단된다.
 - 2021년 개정 「군사법원법」이 평시 상설군사법원을 유지한 것은 아쉬운 점이라고 말할 수 있다.
 - 현행 평시 상설군사법원은 재판의 독립성·중립성·투명성 그리고 공정성을 담보하지 못하는 한 폐지하는 것이 타당하며 군사법원의 필요성, 예컨대 군기강의 유지, 군지휘권의 확보, 전력보존, 신속한 재판 등은 공정한 재판이 전제되었을 때 비로소 의미를 가질 수 있으며 그러한 한에서 민주적 정당성을 획득할 수 있다.
 - 또한 군의 특수성, 군사문화, 군의 전문지식 등의 반영은 형사소송법상 전문심리위원제도를 활용하는 방안을 모색할 필요가 있다.

- 민간인에 대한 군사재판
 - 민간인에 대한 군사재판은 원칙적으로 허용되지 않으며, 국가비상사태라고 하더라도 극히 예외적인 경우에 한하여 국가의 사법기능이 완전히 정지된 상태에서만 허용하도록 하여야 한다.

1. 평시 군사법원의 민간인에 대한 재판권

- 사법기능이 정지되지 않은 평시에 민간인에 대한 군사재판은 군사법원의 구조적인 문제점, 즉 공정성·독립성 등을 담보하기 어렵다는 점에서 원칙적으로 금지할 필요가 있다.
- 따라서 「헌법」 제27조 제2항이 “군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다”고 규정한 것 중 “중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우”를 삭제하여 평시 군사재판의 근거로 활용되는 것을 방지할 필요가 있다.

2. 비상사태 하에서의 민간인에 대한 군사재판

- 비상계엄 하에서의 민간인에 대한 군사재판은 사법기능이 완전히 정지되지 않는 한 허용해서는 안 된다. 과거 비상계엄의 남용으로 인한 고통을 보더라도 비상계엄이나 국가비상사태는 기본적 인권에 매우 취약한 상황일 수밖에 없으며 이러한 상황일수록 기본적 인권의 본질적 내용인 공정한 재판을 받을 권리에 대한 보장이 더욱 요구되기 때문이다.
- 그러한 의미에서 「헌법」 제110조 제4항이 “비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있는 것 중 “비상계엄하의 군사재판은”을 “전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 시 적과 교전 상태에 있거나

사회질서가 극도로 교란되어 행정 및 사법(司法) 기능의 수행이 정지된 경우의 군사재판은”으로 개헌할 필요가 있다.

- 비상계엄 하에서의 단심제 군사재판의 문제점
 - 비상계엄 하에서의 단심제 군사재판은 공정한 재판을 받을 권리의 내용 중 상급법원에 상소할 권리를 침해하는 것으로서 국제인권규범에 위반될 뿐만 아니라 단심 군사재판을 채택하고 있는 입법례는 찾아볼 수 없다는 점에서 「헌법」 제110조 제4항 단서는 삭제하는 것이 타당하다. 그리고 동 단서는 이미 위헌결정을 받은 것을 헌법에 다시 규정한 것인 이상 삭제하는 것이 타당하다.
- 군사법원이 재판권을 가지는 대상범죄와 법원이 재판권을 가지는 대상범죄의 문제점
 - 군사법원의 존치의 필요성이 군기강 유지나 군지휘권 확립에 있다면 군사법원이 재판권을 가지는 범죄도 이 필요성을 충족시킬 수 있는 순수 군사범죄로 제한할 필요가 있다.
 - ① 고소·고발 등 수사단서를 제공한 때에 해당 고소·고발인 등에게 압력을 가할 목적으로 협박·강요하거나 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의9에 열거된 범죄를 저지르거나 혹은 직권남용이나 직무유기 등을 통하여 불이익처분을 하는 것을 원천적으로 방지하고 고소·고발자 등을 출판물 등에 의한 명예훼손, 모욕, 권리행사방해죄 등의 고발로부터 보호할 필요가 있다.⁸⁷⁷⁾
 - ② 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」에 규정된 전쟁범죄와 인도에 반하는 죄의 경우 공정성과 독립성이 관건이 되기 때문에 법원이 재판권을 가지는 범죄로 정할 필요가 있다.
 - 이와 관련하여 「군형법」 각칙 제13장에 정한 약탈의 죄와 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법」 제2조에 정한 헌정질서 파괴범죄의 경우에도 독립적이고 공정한 재판을 위하여 법원이 재판권을 가지도록 하여야

877) 2022년 11월 08일 「군사법원법 일부개정법률안(송옥주의원 등 10인)」(의안번호: 2118173); 2022년 12월 09일 「군사법원법 일부개정법률안(이탄희의원 등 14인)」(의안번호: 2118836).

한다.

- 「군사법원법」 제2조 제2항 각호에는 「군형법」 “제15장 강간과 추행의 죄”가 제외되어 있는데 만약 형법 및 특별법상 성폭력범죄가 아닌 군형법상 간강죄 등으로 기소한 경우 일반법원의 재판권이 적용되는지 아니면 군사법원의 재판권이 적용되는지가 명확하지 않으며 「군형법」 “제15장 강간과 추행의 죄”도 법원이 재판권을 가지는 범죄목록에 포함시켜야 한다.
- ⑤ 그 밖에 세계주의가 적용되는 범죄인 인신매매나 중범죄인 아동학대범죄⁸⁷⁸⁾ 등도 법원이 재판권을 가지는 범죄목록에 포함시킬 필요가 있다.
- 법원이 재판권을 가지는 범죄에서의 수사의 단서에 대한 조사(내사)권한과 수사개시권의 문제
 - 법원이 재판권을 가지는 범죄의 경우 군수사기관이 수사의 단서를 얻는 즉시 사건을 민간 수사기관에 이첩하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 이러한 의미에서 2023년 09월 26일 김종민의원 등이 발의한 “군사법원법 일부개정법률안”이 그 원인이 범죄인지의 여부와 상관없이 사망사건인 경우와 해당 사건이 법원에 기소된 경우에는 일반법원이 재판권을 행사하도록 한 것(개정안 제2조 제4항 제1호)⁸⁷⁹⁾은 매우 긍정적인 것이기는 하지만 변사체의 검사를 군검사나 군사법경찰관에게 계속 담당하도록 하는 것은 적절하지 않다고 판단된다.
 - 군판사, 군검사 그리고 군사법경찰관의 독립성 및 중립성

1. 군판사의 독립성의 문제

- 군판사의 임명은 군판사인사위원회의 심의를 거치도록 하고 있으나 구속력이 없다는 점. ② 군판사의 임명 및 연임 동의에 관한 사항에 대한 심의 및 의결권을 가지는 군사법원운영위원회(제4조의2 제1항)는 국방부와 각 군 참모총장 그리

878) 2023년 02월 24일 「군사법원법 일부개정법률안(서영교의원 등 10인)」(의안번호: 2120290)이 군인 등에 의한 아동학대범죄를 법원이 재판권을 가지는 범죄로 추가하려는 것은 적절한 것이라고 판단된다.

879) 2023년 09월 26일 「군사법원법 일부개정법률안(김종민의원 등 10인)」(의안번호: 2124732). 또한 동 법률안에는 변사자의 검사와 관련해서도 종래 「법원이 재판권을 가지는 군인 등의 범죄에 대한 수사절차 등에 관한 규정」 제9조에 규정된 검사와 사법경찰관의 변사자의 검시 참여 등에 관한 규정들을 「군사법원법」에 규정하는 내용도 포함하고 있다(개정안 제264조).

고 군사법원장에 의하여 구성된다는 점, ③ 군사법원운영위원회의 운영위원의 제척·기피와 관련하여 운영위원이 해당 안전에 관하여 당사자의 직접적인 지휘계통에 있는 자라고 하더라도 제척·기피사유⁸⁸⁰⁾에 해당되지 않아 군판사의 임명과 연임에 지휘계통이 영향을 미칠 수 있다는 점, ④ 군판사의 신분보장과 관련하여 임기제와 정년제를 도입하기는 했지만 「헌법」 제106조 제1항과 같이 “법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직·감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한다”^[것]이 아니라는 점, ⑤ 군판사는 지휘계통에 있는 상급자의 근무평정에 종속될 수밖에 없다는 점, 그리고 ⑥ 동 규정은 전역에 관한 것이며 직위해제의 경우와 관련해서는 명문규정을 두고 있지 않다는 점 등으로 군판사의 독립성·중립성 그리고 공정성을 기대하기는 어렵다.

- 따라서 장기적으로는 본다면 군판사의 독립성·중립성 그리고 공정성을 담보하기 위해서는 군판사를 민간 법조인으로부터 임명하는 방안이 타당하다고 판단되며 단기적으로는 무엇보다도 군판사가 소송당사자의 직접적인 지휘계통에 있는 때에도 제척·기피사유가 되도록 명확히 할 필요가 있으며 지휘계통에 있는 상급자의 근무평정에 의하여 군판사의 지위가 종속되지 않도록 신분보장을 일반 법관의 것에 준하여 정할 필요가 있다.

2. 군검사의 독립성

- 군검사의 독립성
 - 2021년 「군사법원법」 개정의 문제점과 주요 외국 입법례를 살펴볼 때 군검찰을 국방부의 외청으로 독립시키는 한편 구체적인 사건과 관련해서는 국방부장관은 각 군 참모총장이든 혹은 국방부검찰단장이든 누구도 지휘·감독하지 못하도록 할 필요가 있으며 이것은 각 군 참모총장의 경우에도 마찬가지이다. 즉 구체적인 사건에 대한 군검찰단 외부의 지휘감독권은 그것이 설령 해당 사건을 담당하는 군검사에 대한 직접적인 것이 아니라고 하더라도 해당 군검사가 소속

880) 「군사법원의 조직 및 운영에 관한 규정」 제6조 제1항.

한 군검찰단장에 대한 것이라면 이미 군검찰단 외부로부터의 군검사에 대한 영향력으로 작용할 수밖에 없다. 구체적인 사건이 얼마나 독립적이고 중립적으로 그리고 투명하게 수사되고 해당 수사결과에 따라 군검사의 공소권이 행사되었는지의 여부는 군 형사사법에 대한 국민의 신뢰를 가능하는 척도가 될 것이다. 그리고 군검사의 이의제기의 처리절차를 (여전히 문제가 많은) 일반 검사의 것에 준하여 마련할 것이 아니라 보다 합리적인 처리절차로 구상할 필요가 있다.

- 국방부장관의 기소결정권과 검사의 기소권의 독립
 - 구체적인 사건에 대하여 기소여부를 국방부장관이 직접 결정할 수 있도록 한 것 자체가 이미 군검사에 대한 직접적인 지휘·감독권을 행사할 것을 정한 것일 뿐만 아니라 국방부장관은 어떤 사건이 군사법원에 기소하여야 하는 사건인지의 여부를 결정하기 위하여 군검사로 하여금 구체적인 사건마다 지휘계통을 통하여 보고하도록 할 필요가 있게 된다는 점에서 국방부장관의 기소결정권은 군검사의 기소권의 독립을 침해할 위험이 있기 때문에 삭제하는 것이 타당하다.
 - 국방부장관의 기소결정은 일방적인 것이어서 법원이 재판권을 가지는 범죄에 대한 검찰의 독점적 기소권에 대한 중대한 침해가 될 수 있다.
 - 보다 심각한 문제는 자칫 군사재판이 정치화될 위험이 있다는 점이며 이러한 점에서 국방부장관의 기소결정권은 삭제하는 것이 타당하다.

3. 전관예우의 문제

- 군사재판에서의 전관예우를 방지하기 위하여 군판사 및 군검사의 행동·윤리강령을 변호사윤리강령에 준하여 정비할 필요가 있으며 특히 군판사와 관련해서는 「법관 등의 사무분담 및 사건배당에 관한 예규」 제10조3(제척사유 등으로 인한 배당의 특례)에 준하는 이해충돌방지대책이 마련될 필요가 있다.

4. 군사법경찰의 독립성

- 군사법경찰관에게는 일반사법경찰관에게 인정되는 이의제기권이 없다.

- 구체적인 사건에서 군사법경찰관은 소속 부대의 장의 지휘계통에 종속되어 있어서 군사법경찰관의 수사에서의 독립성 및 공정성이 침해될 수 있다.
- 따라서 군사법경찰관을 지휘계통으로부터 독립시키기 위하여 국방부의 외청으로서 군사법경찰단을 설치하여 군사법경찰관의 수사의 독립성과 중립성을 보장할 필요가 있다.
- 전시 보통군사법원에서의 관할관제도 및 심판관제도의 존치의 문제점
 - 전시 관할관제도
 - 군검찰사무를 총괄하고 지휘·감독권을 행사하는 전시 관할관이 군사법원의 행정사무 뿐만 아니라 군판사 및 심판관을 임명·지정하고 형의 감경권으로 재판에 관여하는 한편 형의 집행에도 관여하도록 하는 것은 권력분립의 원칙에 반할 뿐만 아니라 재판의 독립성과 공정성을 훼손할 우려가 있기 때문에 관할관제도는 폐지할 필요가 있다.
 - 전시 심판관제도
 - 심판관의 임명과 재판관으로의 지정에서부터 이미 지휘계통에 종속될 수밖에 없어서 재판의 독립성과 중립성을 담보하는데 구조적인 한계가 있기 때문에 전시 심판관제도는 폐지하는 것이 타당하다.
- 군 수사에서의 문제점과 개선방안
 - 군사재판의 공정성과 독립성을 강화하는 방향에서 2021년 개정된 「군사법원법」에 따른 군사재판의 수사절차와 공판절차가 인권 보장의 기능을 담당하는 사법권의 본질에 부합하는지를 생각해 보고, 그러한 방향에서 보완하고 개선해야 할 점은 없는지를 검토해 볼 때, 먼저 제도상으로는 군 수사절차상 민간 영역과 대등한 피의자 또는 피해자 보호제도가 운영되고 있다고 할 수 있다. 다만 어떠한 제도가 효과를 나타내기 위해서는 형식적인 제도의 구비만으로 충분한 것이 아니라 실질적으로 어떻게 운영되는가라는 문제가 더 중요하다.
 - 군사재판절차에 대하여 많은 개선이 이루어진 현 상황에서도 군검사나 군사경찰에 대한 독립성 보장에 대해서 여전히 문제를 제기하는 견해들이 많이 있다. 군 수사절차에서 가장 중요한 부분은 지휘관의 실질적 개입으로부터 어떻게 수사를 독립적으로 운영하는지이다. 이를 위해서는 현재의 군 수사체계에 경찰

청 국가수사본부와 같은 체계를 도입하는 방안이 합리적이라고 판단된다.

- 수사절차에 있어서 피해자와 유가족을 위한 국선변호사 제도도 형식적으로는 일반 형사절차보다 광범위하게 운영되어 피해자와 유가족의 인권을 보장하고 있지만 이 제도의 실질화를 위해서는 피해자와 유가족을 위한 국선변호사에서 군법무관을 제외하는 것이 군에 대한 신뢰를 더 높이는 방안이라고 할 수 있다.

■ 군사재판절차의 문제점과 개선방안

군사법원의 성격을 사법기능을 담당하는 특별법원으로 보는 시각에서, 현행 군사 재판의 공판절차에서 다음과 같은 내용의 개선을 고려해 볼 수 있다.

- 첫째, 군사재판을 담당하는 군판사의 독립성 보장을 보완하는 것이 필요하다. 국방부 소속의 군사법원이 별도로 존재하는 현실에서, 군사재판을 담당하는 군판사에 대한 국방부장관 등의 영향력이 최소화되어야 하는 것이 현실적으로 우선 필요하다. 비록 군인 신분인 군판사의 독립성을 확보하기 위한 제도적 보장 수단을 「군사법원법」에 규정하고 있지만, 이에 대한 보완이 필요하다. ① 군판사의 업무의 독립성보다는 군인의 계급이라는 신분상 직급을 우선시하여 군판사의 임기와 정년이 일반법원 판사의 임기와 정년보다 짧게 규정되어 있는데, 이는 군사재판의 독립성을 충분히 보장한다고 할 수 없다. 군판사의 신분보장을 강화하기 위해서는 군판사의 정년을 군인의 계급에 따라 규정할 것이 아니라 일반법원 판사의 정년과 대등하게 규정하는 것이 바람직할 것이다. ② 군사법원운영위원회의 구성에 있어서 국방부장관의 영향력이 과도한 점을 개선해야 한다. 군판사의 임명·연임에 대한 동의 등을 담당하는 군사법원운영위원회의 위원 모두가 국방부장관의 영향을 받는 인사로 구성된 점은 군판사 독립성의 보장과는 배치된다.
- 둘째, 군사재판의 공판단계에서 국선변호인제도는 제도상으로는 피고인의 인권 친화적 형사절차를 구현하고 있다고 평가할 수 있다. 다만 일반 형사재판의 국선변호인 선임률보다 군사재판의 국선변호인 선임률이 낮은 현실은, 군사재판에서 국선변호인 제도의 실효적 운용이 요구되는 상황임을 보여준다. 군사재판의 피고인이 국선변호인을 적극적으로 활용할 수 있도록 군사재판에서 국선변호인으로 활동하는 민간인 변호사의 수 및 경험이 풍부한 변호사의 수를 확대

하는 등의 노력이 필요한 상황이다.

- 셋째, 군사재판에서 피의자와 피고인에 대한 조건부 구속의 도입을 고려할 수 있다. 무죄추정의 원칙을 구현하고 개인의 자유를 보장하기 위한 조건부 구속의 도입은 수사단계에서 피의자의 방어권을 위해서 필요할 뿐만 아니라 공판단계에서 피고인의 방어권을 위해서도 필요하고, 제도의 도입 취지를 생각하면 조건부 구속의 도입을 수사단계에 제한하고 공판단계에서 하지 않을 이유는 없다. 일반 형사사건의 공판단계에서 조건부 구속의 도입이 필요하다면, 군사재판의 공판에서의 도입의 필요성도 제기된다.
- 넷째, 2021년 「군사법원법」의 전면적 개정을 통해 소송절차 전반에 걸쳐 「형사소송법」에 존재하는 제도들이 대부분 수용된 상황이지만, 군검사의 피의자신문조서와 군사경찰관의 피의자신문조서의 증거능력 인정 요건을 차별적으로 규정 하였던 것은 그대로 유지되고 있는 것과 관련해서 군검사 작성의 피의자신문조서도 피고인이나 변호인이 내용을 인정할 때 증거능력을 인정하도록 개정함이 바람직하다.
- 다섯째, 군사재판의 공판단계에는 전문심리위원제도가 존재하지 않는데, 감정인의 진술과 달리 그의 진술이 독립된 증거방법으로 사용되지 않는 전문심리위원의 전문적 설명이나 의견으로 재판에 도움을 받아 충실한 심리와 신속한 분쟁 해결을 도모함이 필요하다. 군사법제도의 독립성을 보장하는 방향으로 2021년 「군사법원법」이 전면 개정되면서 관할관·심판관 등의 제도가 폐지되었는데, 그렇다고 군의 특수성과 전문성이 부정되는 것은 아니므로 전문심리위원제도를 도입하여 군사재판에서 활용하는 방안이 합리적이라고 판단된다.
- 여섯째, 일반형사사건에 있어서 국민참여재판의 도입 취지와 마찬가지로 군사재판의 독립성 및 공정성 확보와 사법제도에 대한 국민의 신뢰를 확보하기 위해서는 장병참여재판의 도입을 생각해 보기도 하지만, 장병참여재판은 군사재판의 현실을 고려하면 도입하기는 어렵다. 장병참여재판으로 진행될 수 있는 군사재판 사건의 수가 극히 적은 것이라는 현실적인 상황을 고려할 때 군사재판 제도의 큰 변화를 가져오게 되는 장병참여재판의 도입은 어렵다고 판단된다.

1. 우리나라

- 강성수, 『전문가 감정 및 전문심리위원 제도의 개선 방안에 관한 연구』, 사법정책연구원, 2016.
- 강태경·최영신·송윤진·임태훈, 『형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ): 형사법원의 인권보장역량 평가』, 한국형사법무정책연구원, 2021.
- 강태경·최영신·송윤진·임태훈·김형남·조규석, 『형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ): 형사법원의 인권보장역량 평가』, 한국형사법무정책연구원, 2020.
- 강현석·홍태석, “개정 군사법원법의 문제점과 개선방안”, 『법이론실무연구』, 제11권 제2호(2021), 한국법이론실무학회, 43-75면.
- 고등군사법원, 『2021 군사법원 연감 [2021.1. ~ 2021.12.]』, 2022.7.7.
- 고은이, “검사 작성 피의자신문조서 증거능력 제한에 대한 문제제기와 개선방안”, 연세대학교 법무대학원 석사학위논문, 2022.8.
- 국가인권위원회, 『2022년 군인권 결정례집』, 제3집, 2022.
- _____, 『2019년 군인권 결정례집』, 제3집, 2019.
- _____, 『2017년 군인권 결정례집』, 제1집, 2017.
- 국방부, 『국방백서 2020』, 2020.
- _____, 『국방통계연보』, 2020 - 2022.
- 국방위원회, “「군사법원의 조직 등에 관한 법률안」등 7개 군사법개혁 관련 법률안에 대한 심사경과 및 의견서”, 2006.
- 국회 헌법개정 자문위원회, 『활동결과보고서 I』, 대한민국 국회, 2014.
- 김나루, “스위스의 대체복무제에 관한 주요 내용”, 『최신외국법제정보』, 제2호(2020.6.), 한국법제연구원, 5-17면.
- 김대근·김유근, 『법률구조 일원화를 위한 입법모델연구』, 법무부, 2021.11.
- 김대홍, “미국의 군사법제도”, 『최신외국법제정보』, 제2호(2018), 한국법제연구원,

- 19-30면(<http://www.klri.re.kr:9090/handle/2017.oak/8773>; 최종접속일: 2023년 7월 9일).
- 김백진, “군사법원 필요성과 목적에 대한 고찰”, 『저스티스』, 통권 147호(2015.4), 한국 법학원, 186-222면.
- 김성훈, “개정 군사법원법에 대한 비판적 고찰”, 한양대학교 석사학위논문, 2023.
- 김연호·김일환, “군사법원제도 정비에 관한 헌법적 검토”, 『미국헌법연구』, 제29권 제3호(2018.12.), 미국헌법학회, 71-117면.
- 김영재, “군사재판에서의 배심제 도입에 관한 연구 - 대상 사건 및 배심원의 자격과 구성을 중심으로 -”, 서울대학교 석사학위논문, 2022.8.
- 김영환, 『법철학의 근본문제』, 제3판, 홍문사, 2012.
- 김이수, “한국 군사법제도 현황 및 개선방안에 대한 연구 : 군사법원 및 군법무관을 중심으로”, 한양대학교 행정자치대학원 석사학위논문, 2010.
- 김정수, “군 사법제도 개혁과 헌법적 의미에 대한 소고”, 『연세법학』, 제38호(2021.12.), 연세법학회, 71-102면.
- 김정환, “조건부 구속의 도입론”, 『연세법학』, 제42호(2023.7.), 연세법학회, 29-115면.
- 김종구, 『형사사법개혁론』, 법문사, 2004.
- 김중길, “독일의 군 사법제도”, 『최신외국법제정보』, 2018 제1호, 5-15면.
- 김태신, “재통일 이후 독일 연방군의 모병제 전환 노력과 그 시사점”, 『군사연구』, 제152집(2021.12.), 육군군사연구소, 63-87면.
- 김택수, 『프랑스 수사 및 예심제도의 이해』, 계명대학교 출판부, 2017.
- 김형태·이계수·남상덕, 『군대 내 인권실태 및 개선방안을 위한 기초연구』, 국가인권위원회, 2002.12.20.(<https://www.humanrights.go.kr/base/board/read?boardManagementNo=17&boardNo=483120&menuLevel=3&menuNo=115>; 최종접속일: 2023년 6월 18일).
- 김호, 『군사경찰의 수사제도 개선방안에 관한 연구』, 동국대학교 박사학위논문, 2020.
- 김환학, 『군사법원의 독립성에 관한 헌법적 고찰』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2016.
- 도중진, “미국 군사재판의 형사절차에 관한 주요 특징과 시사점”, 『원광법학』, 제32권 제3호(2016.9), 원광대학교 법학연구소, 157-188면.
- 류지웅·김호, “군사법원의 독립성과 관할 문제에 관한 연구”, 『비교법연구』, 제21권 제3호(2021.12.), 동국대학교 비교법문화연구소, 135-166면.

- 박병욱·이계수, “독일 군 사법제도 재론(再論) - 기능주의 균형법, 군 형사재판 및 군무법원을 중심으로 -” 『공법학연구』, 제17권 제3호(2016.8), 한국비교공법학회, 165-203면.
- 박병욱·유주성, 『군사망 사고 관련 조사, 사법제도 등 개선연구』, 군사망사고진상규명위원회 보고서, 2021.
- 박영도, 『스위스연방의 헌법개혁과 향후전망』, 한국법제연구원, 2004.
- 박재현, “프랑스 사법제도의 시사점”, 『법과 정책』 제19권 제1호(2013.2), 제주대학교 법과정책연구원, 215-240면.
- 박찬걸, “군사재판에 있어서 관할관제도 및 심판관제도의 문제점과 개선방안”, 『형사정책연구』, 제92권(2012), 한국형사법무정책연구원, 153-182면.
- 박혜림, “군사법제도의 현황과 개선방안”, 『아주법학』, 제12권 제1호(2018.5.), 아주대학교 법학연구소, 93-115면.
- 박호현, “국민참여재판 배심원들의 퍼블리시티 문제와 해결방안”, 『국제법무』, 제9권 제1호(2017), 제주대학교 법과정책연구소, 29-59면.
- 백상준, “군 사법제도 개선논의 및 향후과제”, 『NARS 현안분석』 제113호, 국회입법조사처, 2020.1.17.
- 백윤철, “일제치하에서 계엄법”, 『세계헌법연구』, 제18권 제2호(2012.8.), 세계헌법학회 한국학회, 49-71면.
- 법무부, 『프랑스 형사소송법』, 2011.
- 법원행정처, 『사법연감 2021』, 2022.
- 사법개혁위원회, 『사법개혁위원회 자료집(I)』, 2004.
- 사법정책실, 『전문심리위원 제도 해설』, 법원행정처, 2007.
- 사법제도개혁추진위원회, 『사법제도개혁추진위원회 백서(상)』, 2006.
- _____, 『사법 선진화를 위한 개혁: 사법제도개혁추진위원회 백서(하)』, 2006.
- 손기화, “軍사법절차에 있어서 ‘관할관 제도’에 관한 고찰”, 『비교법연구』, 제11권 제2호(2011.10.), 동국대학교 비교법문화연구원, 86-115면.
- 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, 『형사법연구』, 제22권(2004.2.), 한국형사법학회, 159-221면.
- 신양균 편저, 『형사소송법 제·개정 자료집(상)』, 한국형사정책연구원, 2009.

- 심희기, 『한국법제사강의』, 삼영사, 1997.
- 오경식·김범식·이현정, 『현행 군 사법제도의 발전방향 연구 최종보고서』, 한국형사소송법학회, 2012.
- 오윤성, “군 사법제도 개선 방향에 대한 고찰 - 사법개혁위원회 안을 중심으로 -”, 『한국경찰학회보』, 제7권 제1호(2005.1.), 한국경찰학회, 79-103면.
- 양건, 『헌법강의』, 제11판, 법문사, 2022.
- 유인규, “군사법원법 일부개정법률안(이탄희의원 대표발의, 의안번호 제2118836호) 검토보고”, 2023.5.
- 이계수, 『군 사법제도 운영 및 인권침해현황 실태조사』, 국가인권위원회, 2004.
- 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지웅·임재성·전학선, 『군 수사와 사법제도 현황 및 개선방안 연구』, 국가인권위원회 조사총괄과, 2015.
- 이계수·박병욱, “군사법원 폐지를 위한 사례연구”, 『민주법학』, 통권 60호(2016.3.), 민주주의법학연구회, 227-271면.
- 이상철·김현주·김희동·김동혁, 『군사법원론』, 제3판, 박영사, 2018.
- 이상철·김홍석·김현주·김희동·임성훈, 『군사법원론』, 제2판, 박영사, 2011.
- 이세주, “헌법상 재판받을 권리와 군 사법제도에 대한 헌법적 검토”, 『헌법학연구』, 제19권 제1호(2013.3.), 한국헌법학회, 261-290면.
- 이승준, “영장발부에 있어 구속사유 판단의 문제 - 개정 형사소송법 제70조 제2항을 중심으로 -” 『형사정책연구』, 제19권 제4호(2008.12.), 한국형사법무정책연구원, 249-280면.
- 이은모·김정환, 『형사소송법』, 제8판, 박영사, 2021.
- 이재승, “독일의 군인법제”, 『일감법학』, 제16호(2009.8.), 건국대학교 법학연구소, 289-321면(“이재승(2009)”로 인용한다).
- _____, “능동적 시민으로서의 군인 - 독일 군인법제를 중심으로 -”, 『민주법학』, 제49호(2012.7.), 민주주의법학연구회, 121-163면(“이재승(2012)”로 인용한다).
- 이태휘, “군사법원제도에 관한 연구”, 연세대학교 행정대학원 석사학위논문, 2000.8.
- 이현정, “군 사법제도 개선방안-「군사법원법」 개정 법률을 중심으로-”, 『법학연구』, 제29권 제4호(2021.10.), 경상국립대학교 법학연구소, 143-166면.
- 이혜광·최동렬·정준영·이상원·임동규, 『바람직한 형사사법시스템의 모색 자료집 (Ⅲ)』, 대법원, 2004.

- 임석순, “군사법원의 신분재판권에 대한 비판적 고찰 - 개정 군사법원법 제2조 제2항을 중심으로 -”, 『법학논총』, 제47권 제2호(2023), 단국대학교 법학연구소, 31-60면.
- 임중호, “장병등의 군사재판 참여에 관한 법률안(정부제출) 검토보고”, 2006.
- 전광석, “국가배상법 제2조 제1항 단서 및 법원조직법 제59조 제1항에 대한 위헌판결”, 『헌법재판연구』, 창간호(2014.11.), 헌법재판연구원, 139-173면.
- 전상수, “형사소송법 일부개정법률안 검토보고(제364회국회 제6차 사법개혁특별위원회)”, 2018.11.
- 전학선, “프랑스의 계엄제도”, 『외법논집』, 제38권 제2호(2014.5), 한국외국어대학교 법학연구소, 3-22면.
- 정승환·김현주, 『헌병 직무활동 근거법령 입법방안』, 국방부, 2013.
- 정정균·박철·박상재, “군 사법제도 개혁에 관한 고찰 : 국방개혁 2.0을 중심으로”, 『융합보안 논문지』, 제18권 제2호(2018.6.), 한국융합보안학회, 113-121면.
- 정지훈, “평시 균형사법 체제의 청산”, 『형사법연구』, 제34권 제1호(2022), 한국형사법학회, 173-204면.
- 조관호, “병역자원 감소 시대의 국방정책 방향-국방인력운영체제 변화와 전력 첨단화-, 서울신문 인구포럼”, 2023.6.15.(<https://kida.re.kr/frt/board/frtNormalBoardDetail.do?sidx=375&idx=51&depth=3&searchCondition=&searchKeyword=&pageIndex=1&lang=kr>; 최종접속일: 2023년 9월 1일).
- 조의행, “영국 군사법제도 체계와 기능에 대하여”, 『최신외국법제정보』, 제2호(2018), 한국법제연구원, 17-28면
(<http://www.klri.re.kr:9090/handle/2017.oak/8773>; 최종접속일: 2023년 7월 9일).
- 지대남, “미국의 군사법제도에 있어서 지휘관의 권한”, 『공법학연구』, 제12권 제1호(2011), 한국비교공법학회, 231-260면.
- 최강욱, “지휘관 사법의 폐해와 그 폐지론: 관할관, 심판관 제도를 중심으로”, 『홍익법학』, 제9권 제3호(2008), 홍익대학교 법학연구소, 191-211면.
- 최병호, “군사법원과 장병인권 보장”, 『국방정책연구』, 제21권 제4호(2006), 한국국방연구원, 83-104면.
- 최호동, 『1987년 헌법규정의 형성과정 연구』, 서울대학교 법학전문대학원 박사학위논문.

문, 2020.

탁희성·박형민·김대근·김유근, 『한국의 형사사법체계 및 관리에 관한 연구(III) : 수사구조의 진단 및 개혁』, 한국형사법무정책연구원, 2018.12.

한명권, “군 사법제도 개혁방향에 관한 연구”, 연세대학교 석사학위논문, 2006.2.

한석현·이재일, “군사법원법상 관할관·심판관제도 개선방안”, 『국회입법조사처 현안보고서』, 제191호(2013.4.), 국회입법조사처, 2013.

한스 릴리에·하태영(역), “독일 형사사법에서의 시민참여”. 『형사정책』, 제13권 제1호(2001.6.), 한국형사정책학회, 341-351면.

한인섭, “군사법제도와 헌법개정”, 『사법』, 제1권 제7호(2009), 사법발전재단, 3-33면 (“한인섭(2009)”로 인용한다).

_____, “한국전쟁과 형사법 — 부역자 처벌 및 민간인 학살과 관련된 법적 문제를 중심으로—”, 『법학』, 제41권 제2호(2000.9.), 서울대학교 법학연구소, 135-179면 (“한인섭(2000)”로 인용한다).

한흥구·김성전·김정식·박원석·이재승·임태훈, 『군대 내 인권상황 실태조사 및 개선방안 연구』, 국가인권위원회, 2005.12.(<https://www.humanrights.go.kr/base/board/read?boardManagementNo=17&boardNo=483250&searchCategory=&page=1&searchType=total&searchWord=%EA%B5%B0%EB%8C%80%20%EB%82%B4%20%EC%9D%B8%EA%B6%8C%EC%83%81%ED%99%A9%20%EC%8B%A4%ED%83%9C%EC%A1%B0%EC%82%AC%20%EB%B0%8F%20%EA%B0%9C%EC%84%A0%EB%B0%A9&menuLevel=3&menuNo=115>; 최종접속일: 2023년 6월 18일).

형사소송법 개정특별위원회(신양균 외), 『형사소송법 개정연구』, 한국형사정책연구원, 2010.

Hwang, KyongHwan, “The Study of the Unlawful Command Influence in USA Court Martial”, 『법학연구』, 제23집 제3권(2015), 경상국립대학교 법학연구소, 221-240면.

2. 일본 문헌

松平徳仁, “風雲起こり、山河動く : 台湾における軍事裁判制度の文民化とその比較憲法的意義”, 『法律時報』, 第92卷 第13号(2020.12.), 248-253頁.

山田裕之, “一般司法制度に近接する軍事司法制度 — 軍事司法制度の現代的意義と変革の展望軍事司法制度の現代的意義と変革の展望 —”, 『国際安全保障』, 第49巻第1号 (2021.6.) , 92-111頁.

3. 영미 문헌

2019 Yale Draft Principles for Military Summary Proceedings, 2019(https://puc.overheid.nl/PUC/Handlers/DownloadBijlage.ashx?pucid=PUC_311298_11_1&bestand=Bijlage_bij_bijdrage_Tijd_om_het_militair_tuchtrecht_te_evalueren.pdf&bestandsnaam=Bijlage+bij+bijdrage+Tijd+om+het+militair+tuchtrece.pdf; 최종접속일: 2023년 11월 7일).

Andreu-Guzman, Federico, Military jurisdiction and international law: Military courts and gross human rights violations [vol.1], International Commission Of Jurists/Colombian Commission Of Jurists, Genève, 2004(<https://www.icj.org/wp-content/uploads/2004/01/Military-jurisdiction-publication-2004.pdf>); 최종접속일: 2023년 7월 8일).

Barthe, Christoph/Gericke, Jan(Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 9, Auflage, C.H. Beck, 2023.

Battais, Boris, “La justice militaire en temps de paix : l’activité judiciaire du conseil de guerre de Tours(1875-1913)”, Thèse de doctorat, Université Nantes Angers Le Mans, 2015.

Block, di Maurizio, “The military jurisdiction in the Italian judiciary system”, in: *Rivista di Diritto e Procedura Penale Militare*, Numero 4 - Anno 2019, p. 1-5(https://www.difesa.it/Giustizia_Militare/rassegna/Bimestrale/2019/Documents/4_2019/RGM_4_2019.pdf); 최종접속일: 2023년 7월 8일).

Born, Hans/Leigh, Ian, Discipline and Military Justice, Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel, Geneva OSCE/

DCAF, 2008(<https://www.osce.org/files/f/documents/0/c/31393.pdf>; 최종접속일: 2023년 7월 9일).

Brady, Heidi L., "Justice Is No Longer Blind: How The Effort To Eradicate Sexual Assault In The Military Unbalanced The Military Justice System", in: *University Of Illinois Law Review*, Volume 2016 No. 1.(2016), p. 193-250.

Brooke-Holland, Louisa, *The review of the service justice system*, House of Commons Library Briefing Paper, Number 09118, 20 January 2021(<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9118/CBP-9118.pdf>; 최종접속일: 2023년 10월 21일)(*"Brooke-Holland, Louisa(2021)"*로 인용한다).

Brooke-Holland, Louisa, *The Military Justice System: an introduction*, 2014.5.7. (<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN06823/SN06823.pdf>; 최종접속일: 2023년 6월 29일)(*"Brooke-Holland, Louisa(2014)"*로 인용한다).

Bryant, Michael S., "American Military Justice from the Revolution to the UCMJ: The Hard Journey from Command Authority to Due Process", in: *Creighton International and Comparative Law Journal*, volume 4 issue 1, 2013, p. 1-14.

Btdzovosky, Pierre/Philippe, Angelozzi/Ruts, Fabien, "La justice militaire suisse", in: *Revue d'Éclairage*, 1/2021.

Carsten, Ernst Sigismund/Rautenberg, Erardo Cristoforo, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart: Ein Beitrag zur Beseitigung ihrer Weisungsabhängigkeit von der Regierung im Strafverfahren*, 3. Auflage, 2015.

Cerna, Christina M., "16 - The inter-American system and military justice", in: *Duxbury, Alison/Groves, Matthew, Military Justice in the Modern Age*, Cambridge University Press, 2016, pp. 325-346.

Collet, André, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, in: *Défense nationale*, Dalloz, 2000.

Cotelea, Daniela/Alcántara, Alberto Pineda/Tempera, Cristina/Brach, Medeleine/

- Foisseau, Cedric/Ira, Giuseppe A., The Role of Military Courts Across Europe: A Comparative Understanding of Military Justice Systems*, FINABEL European Army Interoperability Center, 2021.5.(<https://finabel.org/wp-content/uploads/2021/06/20.-The-role-of-Military-Courts-across-Europ.pdf>; 최종접속일: 2023년 7월 9일).
- Cronan, Paul*, “13 - A threatened existence - the operation and adaptation of military discipline in Australia”, in: *Duxbury, Alison/Groves, Matthew, Military Justice in the Modern Age*, Cambridge University Press, 2016, pp. 260-280.
- Croissant, Aurel, Civilian Control over the Military in East Asia*, 2011.9(https://www.eai.or.kr/data/bbs/eng_report/201111151042365.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 9일).
- Danish Ministry of Defence Military Prosecution Service, 2020 The Danish Military Justice System*, 2020, p. 18(<https://www.fauk.dk/globalassets/fauk/dokumenter/2020/-the-danish-military-justice-system-2020-.pdf>; 최종접속일: 2023년 10월 9일).
- David H Denton, A Proposed New Military Justice Regime For The Australian Defence Force During Peacetime And In Time Of War*, The University of Western Australia, 2019(http://www.davidhdenton.com/uploads/2/3/1/2/23125402/denton_david_2019.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 9일).
- Denton, David H./Hon Justice Garde, The Chapter III problem - Reimagining the Australian Military Justice System*, “A proposal for a new military justice regime for the Australian Defence Force to operate in peacetime and in time of war”, 14 September 2022, pp. 6(<https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=778127031007078081005092117031089026052002093065027039103118108064007079092108072068110106060011059022008030090068098080111090122019094003010006027115112082113098101095030063100108002020081125114124082113006111102084098125116108088102102123010022009120&EXT=pdf&INDEX=TRUE>; 최종접속일: 2023년 10월 27일).

- Dreier, Horst(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar: Band III Artikel 83-146, 3. Auflage, Mohr Siebeck, 2018.*
- Duxbury, Alison/Groves, Matthew, Military Justice in the Modern Age, Cambridge University Press, 2016.*
- Dyzenhaus, David, "The "Organic Law" of Ex Parte Milligan", in: Sarat, Austin(Edited), Sovereignty, Emergency, Legality, Cambridge University Press, 2010, pp. 16-57.*
- Elsa, Jennifer K./Gaffney, Jonathan M., Military Courts-Martial Under the Military Justice Act of 2016, Congressional Research Service, August 28, 2020, pp. 1-33(<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46503>; 최종접속일: 2023년 10월 15일).*
- Engels-Perrein, Hélène, "La présence militaire en Allemagne de 1945 à 1993", Thèse de doctorat, Université de Mets, 1994.*
- The European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (criminal limb), Updated on 31 August 2022(https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_6_criminal_eng; 최종접속일: 2023년 10월 20일).*
- Fels, Michel-André, "Militärjustiz aus der Sicht der zivilen Strafverfolgungsbehörden", in: Jusletter 13. Mai 2019, S. 1-6(https://jusletter.weblaw.ch/dam/publicationsystem/articles/jusletter/2019/979/openaccess/militarjustiz-aus-de_11f0de8210/Jusletter_militarjustiz-aus-de_11f0de8210_de.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 9일).*
- Fidell, Eugene R./Fissell, Brenner M./Cave, Philip D., "Equal Supreme Court Access for Military Personnel: An Overdue Reform", *The Yale Law Journal*, Volume 131, 31 May 2021, pp. 1-18.*
- Fidell, Eugene/Hillman, Elizabeth/Kastenber, Joshua/Rosenblatt, Franklin/Sullivan, Dwight, Military Justice: Cases and Materials, 3rd Edition, Carolina Academic Press, North Carolina, 2020.*
- Fidell, Eugene R., Military Justice: A Very Short Introduction, Oxford University Press, 2016.*

- Fidell, Eugene/Sullivan, Dwight H.(Ed.), Evolving Military Justice*, 2002.
- Godel, Thierry*, “La justice militaire suisse de lege lata”, in: *Revue pénal Suisse* 3/2021.
- Goldberg, Max Jesse*, “Congressional Influence on Military Justice”, in: *The Yale Law Journal*, Volume 130(2021), p. 2110-2158.
- Groves, Matthew*, “The Civilianisation Of Australian Military Law”, in: *University of New South Wales Law Journal*, Volume 28 No 2(2005), p. 364-395.
- Hildebrand, Emma K.*, “Encroaching On Command Authority: How History Informs The ‘Military Justice Improvement And Increasing Prevention Act’”, in: *Journal of Legislation*, Volume 48 No 2, p. 390-413.
- van Hoek, Bas*, “11 - Military criminal justice in the Netherlands: the ‘civil swing’ of the military judicial order”, in: *Duxbury, Alison/Groves, Matthew, Military Justice in the Modern Age*, Cambridge University Press, 2016, p. 218-237.
- Jensen, Jørgen Albræk*, “Chapter 4 Military Law in Denmark”, in: *Nolte, Georg(ed.), European Military Law Systems*, De Gruyter Recht, Berlin, 2003, pp. 233-274.
- Lederer, Fredric I.*, “From Rome to the Military Justice Acts of 2016 and beyond: Continuing Civilianization of the Military Criminal Legal System”, in: *Military Law Review*, Volume 225(2017), p. 512-539.
- Lichtenwagner, Mathias*, “Militärgerichtsbarkeit in Österreich im Wandel der Zeit”, in: *Bezirksmuseum Josefstadt (Hrsg.), 175 Jahre Gerichtsbarkeit in der Josefstadt. Ein Begleitheft zur Ausstellung im Bezirksmuseum Josefstadt*, Wien 2014, S. 53 ff.(https://deserteursdenkmal.at/wordpress/wp-content/uploads/2014/02/Layout-1-Lichtenwagner_Militaergerichtsbarkeit-in-%C3%96sterreich-im-Wandel-der-Zeit.pdf: 최종접속일: 2023년 10월 27일).
- Lillich, Richard B.*, “The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency”, in: *The American Journal of International Law*, Vol. 79, No. 4 (Oct., 1985), pp. 1072-1081.
- Lingens/Korte, Wehrstrafgesetz*, 6. Aufl., C.H.BECK, 2023.

Lyon, Ann, “After Findlay: A Consideration of Som Aspects of the Military Justice System”, in: *Fidell, Eugene/Sullivan, Dwight H.(Ed.), Evolving Military Justice*, 2002, pp. 218-229.

Lyon, Ann/Farmiloe, Geoffrey, “The new British system of courts martial”, in: *Duxbury, Alison/Groves, Matthew, Military Justice in the Modern Age*, Cambridge University Press, 2016, p. 159-177.

Lyons, Shaun, *Service Justice System Review*, 29 March 2018(<https://www.gov.uk/government/publications/service-justice-system-review>; 최종접속일: 2023년 10월 21일).

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, *Grundgesetz Kommentar*, 12. Aufl., C.H.BECK, 2012.

Maurer, Dan, “Is Demilitarizing Military Justice an Ethical Imperative for Congress, the Courts, and the Commander-in-Chief?”, in: *Hofstra Law Review*, Volume 49 Iss. 1, Article 2(2020), p.1-10.

McLaughlin, Rob, “7 The impact of the ‘civilianisation’ of military administrative law on the ‘command power’”, in: *Duxbury, Alison/Groves, Matthew, Military Justice in the Modern Age*, 2016, p. 130-156.

Maeder, Stefan, “Rechtsstaatlichkeit und Effizienz: MStP und StPO im Vergleich”, in: Jusletter 13. Mai 2019, S. 1-23(https://jusletter.weblaw.ch/dam/publicationssystem/articles/jusletter/2019/979/openaccess/rechtsstaatlichkeit-_254ead5584/Jusletter_rechtsstaatlichkeit-_254ead5584_de.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 9일).

Meyer-Goßner/Schmitt, *Strafprozessordnung*, 64. Aufl., 2021.

Morales, Eleanor T./Brooker, John W., “Restoring Faith in Military Justice”, in: *Connecticut Law Review*, Volume 55 No 1(December 2022), p. 79-134.

Nolte, Georg(ed.), *European Military Law Systems*, De Gruyter Recht, Berlin, 2003.

Office Of The High Commissioner For Human Rights In Cooperation With The International Bar Association, *Professional Training Series No. 9 Human Rights In The Administration Of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, United Nations, New York/Geneva,

- 2003(<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/training9chapter16en.pdf>; 최종접속일: 2023년 10월 15일).
- Oppliger, Beat*, “Militärjustiz aus Sicht der zivilen Strafverfolgungsbehörden”, in: *Jusletter* 13. Mai 2019, S. 1-3(https://jusletter.weblaw.ch/dam/publicationssystem/articles/jusletter/2019/979/openaccess/militarjustiz-aus-si_0cadec58ce/Jusletter_militarjustiz-aus-si_0cadec58ce_de.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 9일).
- OSCE(Organization for Security and Co-operation in Europe) Office for Democratic Institutions and Human Rights/DCAF(the Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces) Geneva Centre for Security Sector Governance, Human Rights of Armed Forces Personnel: Compendium Of Standards, Good Practices And Recommendations*, 2021(https://www.osce.org/files/f/documents/6/5/480143_1.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 9일).
- Palmer, Edith*, *France: Military Justice System*, 2013.7., The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, p. 1-8(<https://andyreiter.com/wp-content/uploads/military-justice/fr/IO,%20NGO,%20and%20Foreign%20Government%20Reports/France%20-%202013%20-%20Law%20Library%20of%20Congress%20-%20Military%20Justice%20System.pdf>; 최종접속일: 2023년 6월 29일).
- Peton, Emmanuel-Marie*, “Droit et spécificité militaire”, in: *Revue d'INFLEXIONS* n° 18, 2011.
- Rayne, Serge*, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale : justice militaire*, Dalloz, 2021.
- Rüping, Hinrich/Jerouschek, Günter*, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 4. Auflage, C.H.BECK, 2002.
- Saas, Claire*, “La justice militaire en France”, in: *Revue d'Archives de politique criminelle* n° 29, 2007.
- Schlueter, David A.*, “American Military Justice: Responding To The Siren Songs For Reform”, in: *Air Force Law Review*, Volume 73 Issue 193(2015), p.

193-231.

- Schlueter, David A.*, “The Military Justice Conundrum: Justice or Discipline?”, in: *Military Law Review*, Volume 215, Spring 2013, p. 1-77.
- Schenck, Lisa M.*, “Informing the Debate About Sexual Assault in the Military Services: Is the Department of Defense its Own Worst Enemy?”, in: *Ohio State Journal Of Criminal Law*, Volume 11 No. 2(2014), p. 579-671.
- Schenck, Lisa M.*, “Sex Offenses Under Military Law: Will the Recent Changes in the Uniform Code of Military Justice (UCMJ) Re-traumatize Sexual Assault Survivors in the Courtroom?”, in: *Ohio State Journal Of Criminal Law*, Volume 11 No. 2(2014), p. 439-485.
- Schulze-Fielitz, Helmuth*, in: *Dreier, Horst(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar: Band III Artikel 83-146*, 3. Auflage, Mohr Siebeck, 2018.
- Sénat(Division des Études de législation comparée), Série de législation comparée : La justice miliatire, 2000.
- Sherman, Edward F.*, “The Civilianization of Military Law”, in: *Maine Law Review*, Volume 22 No. 3(1970), p. 3-103.
- Sieber, Ulrich/Albrecht, Hans J./Huber, Barbara/Cornils, Karin/Frände, Dan/Matikkala, Jussi, Das finnische Strafgesetz: Rikoslaki. Strafflag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.
- Strickey, Stephen S.*, “Anglo-American Military justicesystems Andthewaveofcivilianization: Will Disciplinesurvive?”, in: *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Volume 2 No 4(2013) p. 763-799.
- Tarant, John*, “Human rights and Australian’s military justice”, in: *Duxbury, Alison/Groves, Matthew, Military Justice in the Modern Age*, Cambridge University Press, 2016, p. 281-308.
- United Nations Commission On Human Rights, Civil And Political Rights, Including The Question Of Independence Of The Judiciary, Administration Of Justice, Impunity: Issue of the administration of justice through military tribunals*, 13 January 2006(E/CN.4/2006/58)(Emmanuel Decaux)(<https://digitallibrary.un.org/record/571377>; 최종접속일: 2023년 10월 13일).

- United States Department of Defense – Sexual Assault Prevention and Response Office (SAPRO), Sexual Assault Prevention and Response Office, Fiscal Year 2014-2022*(<https://sapr.mil/reports>; 최종접속일: 2023년 7월 9일)(“DoD Sexual Assault Prevention and Response FY 연도”로 인용한다).
- v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz Band 3*, 5. Aufl., Franz Vahlen, 2005.
- Vashakmadze, Mindia, Understanding Military Justice: A Practice Note*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), Geneva, 2018(https://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/Military-Justice_Practice-Note_eng.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 9일).
- Vashakmadze, Mindia, Guidebook Understanding Military Justice*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), 5 June 2011(<https://www.dcaf.ch/index.php/guidebook-understanding-military-justice>; 최종접속일: 2023년 6월 29일).
- VanLandingham, Rachel E./Jasutis, Grazvydas/Cernejute, Kristina, Military Justice*, DCAF - Geneva Centre for Security Sector Governance, 2023(<https://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/MilitaryJusticeFundamentals.pdf>; 최종접속일: 2023년 10월 15일).
- Vladeck, Stephen I., The Civilianization Of Military Jurisdiction, Washington College of Law Research Paper No. 2012-42*, 2012.10., p. 1-25(https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2163268; 최종접속일: 2023년 6월 29일).
- Weaver, Jacob R.*, “Restoring the Power of the Convening Authority to Adjust Sentences”, in: *Michigan Law Review*, Volume 119 Issue 3(2020), p. 613-650.
- Wehrenberg, Stefan/Martin, Jean-Daniel/Flachsmann, Stefan/Bertschi, Martin/Schmid, Stefan(Hrsg.), Kommentar zum Militärstrafprozess*, Schulthess Verlag, Zürich, 2008(이하 “MStP-저자”로 인용한다).

4. 인터넷 자료

국가인권위원회, 『군 수사와 사법제도, 무엇이 문제이고 어떻게 바꿀 것인가 - 인권위, 실태조사 최종보고회 및 전문가 토론회 개최 -』, 2016(<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?&boardtypeid=24&menuid=001004002001&boardid=611487>; 최종접속일: 2023년 3월 31일).

국가인권위원회 2018년 8월 7일 보도자료, “군대내 폭행·가혹행위 피해병사 보호대책 마련 권고 - 군 간부 지휘 책임, 수사 시 피해자 보호자에게 신속통지 등 미흡 지적 -”(<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001004002001&pagesize=10&boardtypeid=24&boardid=7603129>; 최종접속일: 2023년 6월 18일).

국가인권위원회 2014년 8월 4일 보도자료, “군대 내 성추행·가혹행위 사망사건 등에 대한 국가인권위원장 성명”(<https://www.humanrights.go.kr/base/board/read?boardManagementNo=24&boardNo=609634&menuLevel=3&menuNo=91>; 최종접속일: 2023년 6월 18일).

국가인권위원회 2006년 3월 7일 보도자료, “군대내 상습구타 및 가혹행위 근절되어야 인권위, 가해자 형사고발 및 재발방지대책 수립 권고”(<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?&boardtypeid=24&menuid=001004002001&boardid=555050>; 최종접속일: 2023년 6월 18일).

국방부 2014년 12월 18일 보도자료, “만관군 병영문화혁신위원회 권고안 발표”(https://www.mnd.go.kr/user/newsInUserRecord.action?siteId=mnd&page=1&newsId=I_669&newsSeq=I_8138&command=view&id=mnd_020500000000&findStartDate=&findEndDate=&findType=title&findWord=%EB%B3%91%EC%98%81%EB%AC%B8%ED%99%94&findOrganSeq=; 최종접속일: 2023년 11월 7일).

국회 의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=033449>); 최종접속일: 2023년 7월 1일).

군사망사고진상규명위원회 홈페이지(<https://www.truth2018.kr/sites/truth/index.do>); 최종접속일: 2023년 5월 21일).

군사법원 홈페이지, “국선번호인 인적사항”(<https://mcourt.mil.kr/user/indexSub>).

action?codyMenuSeq=182992377&siteId=hcaf&menuUIType=sub; 최종접속일: 2023년 9월 18일).

군사법원 홈페이지, “국선번호인제도 소개”(https://mcourt.mil.kr/user/indexSub.action?codyMenuSeq=70126&siteId=hcaf&menuUIType=top; 최종접속일: 2023년 8월 14일).

군인권센터 홈페이지(https://mhrk.org/; 최종접속일: 2023년 5월 21일).

군인권센터 홈페이지 “군사재판소를 통한 정의 구현에 관한 기본원칙안”(https://www.mhrk.org/what-we-do/resource-view?id=3104; 최종접속일: 2023년 10월 13일).

대통령소속 군사망사고진상규명위원회 “조사활동보고서”(http://www.truth2018.kr/truth/79/subview.do;jsessionid=6-DIwVnd5LH++hcFLfjn4j4N.node10?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJGdHJ1dGglMkY0JTJGYXJ0Y2xMaXN0LmRvJTNGYmJzQ2xTZXEIM0QIMjZyZ3NFbmkZVN0ciUzRCUyNmJic09wZW5XcmRTZXEIM0QIMjZyZ3NCZ25kZVN0ciUzRCUyNnNyY2hDb2x1bW4IM0QIMjZpc1ZpZXdNaW5lJTNEZmFsc2UIMjZwYWdlJTNEMSUyNnNyY2hXcmQIM0QIMjY%3D; 최종접속일: 2023년 7월 9일).

법제처 국가법령정보(https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=235547&lsId=&efYd=20220701&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR&ancYnChk=0#; 최종접속일: 2023년 7월 3일).

외교부 “조약정보”(https://www.mofa.go.kr/www/wpge/m_3835/contents.do; 최종접속일: 2023년 7월 9일).

한국사데이터베이스시스템 “헌정사 자료 DB”(https://db.history.go.kr/item/cons/levelByForm.do?form=%25EB%25AF%25B8%25EA%25B5%25B0%25EC%25A0%2595%25EA%25B8%25B0%2520%25EB%25B2%2595%25EA%25B7%259C&levelId=cons_001_0050_0020_0020_0040; 최종접속일: 2023년 10월 16일).

대만 국방부 조직도(https://www.mnd.gov.tw/English/Publish.aspx?p=74731&title>About%20MND&SelectStyle=Ministry%20of%20National%20Defense; 최종접속일: 2023년 10월 9일).

대만 헌법재판소 홈페이지(https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=3

10885; 최종접속일: 2023년 10월 7일).

대만 헌병지휘부 홈페이지(https://afpc.mnd.gov.tw/en/AboutUs/About_Info.aspx?ID=40043&CID=11; 최종접속일: 2023년 10월 9일).

미국 국무성 홈페이지 (<https://www.defense.gov/Spotlights/Independent-Review-Commission-on-Sexual-Assault-in-the-Military/>; 최종접속일: 2023년 10월 11일).

이탈리아 의회 홈페이지(https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf; 최종접속일: 2023년 7월 8일).

스위스 군사법원 홈페이지(<https://www.oa.admin.ch/fr/home.html>; 최종접속일: 2023년 9월 6일).

영국 법원 홈페이지(<https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/our-justice-system/jurisdictions/military-jurisdiction/>; 최종접속일: 2023년 10월 21일).

영국 법원 홈페이지(<https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judges/judge-advocate-general/>; 최종접속일: 2023년 10월 21일).

영국 정부 홈페이지(<https://www.gov.uk/guidance/service-prosecuting-authority>; 최종접속일: 2023년 10월 20일).

영국 정부 홈페이지(<https://www.gov.uk/government/publications/service-justice-system-review>; 최종접속일: 2023년 10월 21일).

영국 정부 홈페이지 (<https://apply-for-public-appointment.service.gov.uk/archive/announcements/2459>; 최종접속일: 2023년 10월 21일).

『경향신문』 2023년 5월 18일 보도 “‘성소수자 부하 성폭행’ 해군 대령, 대법서 징역 8년 확정”(<https://m.khan.co.kr/national/court-law/article/202305181634011#c2b>; 최종접속일: 2023년 6월 29일).

『경향신문』 2021년 11월 15일 보도 “‘성추행 피해’ 공군 부사관 사망, 더 있었다”(<https://m.khan.co.kr/politics/defense-diplomacy/article/202111152045015#c2b>; 최종접속일: 2023년 6월 29일).

『경향신문』 2021년 6월 7일 보도 “또 다시 던져진 질문…군사법원 왜 있어야 하는가?” (<https://www.khan.co.kr/national/court-law/article/202106071935001#>

- c2b; 최종접속일: 2023년 11월 8일).
- 『경향신문』, 2018년 8월 2일 보도 “특전사 포로체험 사망 사고, 솜방망이 처벌 논란”(https://m.khan.co.kr/national/national-general/article/201808020824001#c2b; 최종접속일: 2023년 6월 29일).
- 『경향신문』 2014년 8월 11일 보도 “훈련 온 예비군 말만 듣고 ‘김지훈 일병 자살 원인’ 결론 내”(https://m.khan.co.kr/politics/defense-diplomacy/article/201408110600015#c2b; 최종접속일: 2023년 6월 18일).
- 『국민일보』 2021년 6월 7일 보도, “‘구속수사’ 요구에…故 이 중사 국선변호인 “어떻게 하라고?””(http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0015921640&code=61121211&cp=du; 최종접속일: 2023년 9월 15일).
- 『뉴시스』 2023년 9월 8일 보도 “‘수사외압’ 폭로 박정훈 대령 공수처 출석…“이첩보류 못들어””(https://newsis.com/view/?id=NISX20230908_0002443358&cID=10201&pID=10200; 최종접속일: 2023년 9월 11일).
- 『동아일보』 2023년 9월 4일 보도 “‘수사 외압’ 주장한 장교를 항명으로 구속하려는 자체가 무리”(https://www.donga.com/news/Opinion/article/all/20230903/120999211/1; 최종접속일: 2023년 11월 7일).
- 『동아일보』 2023년 8월 10일 보도 ““철저 수사했을 뿐인데 해임” vs “보고서 이첩보류 명령 어겨””(https://www.donga.com/news/article/all/20230810/120643007/1; 최종접속일: 2023년 9월 11일).
- 『동아일보』 1958년 9월 11일 보도 1면 “人權 옹호에 서광! 單審二審 모두違憲 문제의 農改法 18條 非措令 9條에 憲委서 判決”(https://www.donga.com/archive/newslibrary/view?ymd=19220914; 최종접속일: 2023년 10월 16일)(회원제).
- 『머니투데이』 2016년 9월 27일 보도 “‘전기고문’까지…군대내 폭력, 여전한 이유”(https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2016092614140596889&vgb=column&code=column6&MO; 최종접속일: 2023년 6월 29일).
- 『법률신문』 2023년 8월 24일 보도 “‘10·26 때 미허가집회’…재심 사건에서 檢 ‘무죄’ 구형”(https://www.lawtimes.co.kr/news/190612; 최종접속일: 2023년 11월 10일).
- 『법률신문』 2021년 7월 2일 보도 “‘민주화운동 계엄법 위반’ 고(故) 박세경 변호사, 재심서 “무죄””(https://www.lawtimes.co.kr/news/171185; 최종접속일: 2023년 11월 10일).

3년 11월 10일).

『법률신문』, 2019년 11월 12일 “법무검찰개혁위 “검사의 이의제기권 실질적으로 보장하라””(https://www.lawtimes.co.kr/news/157180; 최종접속일: 2023년 11월 6일).

『법률신문』, 2018년 10월 5일 보도 “고등군사법원·심판관 폐지… 군사법 제도 대대적 개혁”(https://www.lawtimes.co.kr/news/147124; 최종접속일: 2023년 10월 20일).

『법률신문』, 2018년 2월 12일 보도 “고등군사법원 폐지… 군사재판 항소심 서울고법으로”(https://www.lawtimes.co.kr/news/140305; 최종접속일: 2023년 11월 7일).

『서울신문』, 2023년 7월 31일 보도 “해병대 ‘채수근 상병 사망’ 계속되는 논란”(https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20230731500221; 최종접속일: 2023년 10월 21일).

『서울신문』, 2023년 4월 7일 보도 “가래침 먹이고 성고문까지…‘윤일병 사망사건’[사건파일]”(https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20230407500187; 최종접속일: 2023년 6월 18일).

『서울신문』, 2021년 8월 12일 보도 “이번엔 해군 여중사, “상사에 성추행” 신고 뒤 극단 선택”(https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20210812500213; 최종접속일: 2023년 6월 18일).

『세계일보』, 2022년 3월 29일 보도 “해군 산하기관 군인들, 성추행 피해 군무원 괴롭히고 역고소”(http://www.segye.com/newsView/20220329516376?OutUrl=naver; 최종접속일: 2023년 3월 31일).

『시사저널』, 2023년 8월 12일 보도 “경북경찰청 “채수근 상병 사망사건 이첩 받아 수사 예정””(https://www.sisajournal.com/news/articleView.html?idxno=270076; 최종접속일: 2023년 10월 21일).

『중앙일보』, 2008년 12월 18일 보도 “해군 여 부사관 ‘동료 부사관 상습 성폭행 비관’ 자살 시도”(https://www.joongang.co.kr/article/3424902#home; 최종접속일: 2023년 3월 31일).

『여성신문』, 2020년 11월 28일 보도 “‘해군 성폭력 사건’ 징역 10년서 무죄로… 피고인들 복직신청, 대법원 2년째 침묵”(https://www.womennews.co.kr/news/articleView.html?idxno=204381; 최종접속일: 2023년 3월 31일).

- 『연합뉴스』 2023년 8월 7일 보도 “국방부, 故채수근 상병 부대장 등 ‘혐의’ 삭제하고 이첩키로”(https://www.yna.co.kr/view/AKR20230807096200504; 최종접속일: 2023년 10월 21일).
- 『조선일보』 2021년 6월 2일 보도 “성추행 당한 여중사, 軍의 회유 시달리다 극단 선택”(https://www.chosun.com/politics/diplomacy-defense/2021/06/02/U4N0VOI5FZGYVLOC3DK6364W54/?utm_source=naver&utm_medium=referral&utm_campaign=naver-news; 최종접속일: 2023년 6월 29일).
- 『조선일보』 1994년 7월 13일 보도, “독 "나토역외 파병 합헌"/현재 "유엔일원 군사활동""(https://www.chosun.com/site/data/html_dir/1994/07/13/1994071371101.html; 최종접속일: 2023년 9월 2일).
- 『중앙일보』 2023년 8월 17일 보도 “사단장·하급간부, 누구 빼려했나…軍 뒤집은 해병 수사 항명 파동”(https://www.joongang.co.kr/article/25185266#home; 최종접속일: 2023년 11월 7일).
- 『오마이뉴스』 2019년 9월 12일 보도 “[해군 상관의 부하 여군 성폭력 ⑥] 피해자 개인정보 넘겨서, 2차피해 발생시키는 군사법원: ‘피해자 정보’ 건네준 고등군사법원, 이를 유출한 가해자들”(https://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002569307&SRS_CD=0000012085; 최종접속일: 2023년 6월 29일).
- 『한겨레』 2023년 8월 9일 보도 “‘항명 수괴’ 입건 해병대 수사단장 “대통령 지시대로 수사””(https://www.hani.co.kr/arti/politics/defense/1103595.html; 최종접속일: 2023년 11월 7일).
- 『한겨레』 2021년 8월 14일 보도 “작전하듯 사건 은폐 시도…반복되는 ‘군 성폭력 비극’”(https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1007682.html; 최종접속일: 2023년 6월 18일).
- 『한겨레』 2019년 11월 26일 보도 “아들 앓아간 ‘군대 내 괴롭힘’…엄마에게도 ‘생지옥’이었다”(https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/918598.html?_ga=2.203846484.555267164.1697982072-188636750.1696927586; 최종접속일: 2023년 6월 18일).
- 『한겨레』 2015년 1월 27일 보도 “‘부하 여군 성폭행 혐의’ 육군 여단장 긴급체포”(https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/675457.html; 최

종접속일: 2023년 6월 29일).

『한겨레』 2021년 6월 6일 보도 “이런 군검찰…성추행 가해자 폰 압수영장 받고도 9일간 뭉갰다”(https://n.news.naver.com/article/028/0002547384; 최종접속일: 2023년 9월 15일).

『한국경제』 2021년 5월 31일 보도 “선임에 성추행 당한 공군 女 부사관…혼인신고 날 ‘극단 선택’”(https://www.hankyung.com/society/article/2021053190417; 최종접속일: 2023년 9월 15일).

『한국일보』 2004년 6월 17일 보도 “군사법원 폐지 추진/청와대, 군사법개혁안 마련… 군선 반발 파장”(https://www.hankookilbo.com/News/Read/200406170041634780; 최종접속일: 2023년 11월 7일).

KBS 2023년 5월 15일 보도 ““끝없는 욕설에 가혹행위”…또 발생한 군대 내 괴롭힘”(https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=7675990; 최종접속일: 2023년 6월 29일).

KTV 국민방송 2018년 8월 22일 보도 “‘국방개혁 2.0’…군 사법개혁안 발표 [오늘의 브리핑]”(https://www.ktv.go.kr/content/view?content_id=559479; 최종접속일: 2023년 10월 20일).

MBC 2023년 8월 27일 보도 “채 상병 수사, 누가 뒤집었나? - 외압과 항명”(https://imnews.imbc.com/replay/straight/6518561_28993.html; 최종접속일: 2023년 11월 7일).

MBC 2006년 4월 27일 보도, “경기도 한 공군 방공포부대, 전기고문 연상시키는 가혹행위”(https://imnews.imbc.com/replay/2006/nwdesk/article/1988099_29291.html; 최종접속일: 2023년 6월 29일).

MBC NEWS 2021년 6월 3일 보도 “[단독] “성폭력 최소 2번 더 있었다”…‘회유·압박’도 고소”(https://imnews.imbc.com/replay/2021/nwdesk/article/6231197_34936.html; 최종접속일: 2023년 9월 15일).

MBC NEWS 2021년 6월 3일 보도 “[단독] ‘죽음’ 38일 전 보고 받고도…뺨집 진 공군참모총장?”(https://n.news.naver.com/article/214/0001122939; 최종접속일: 2023년 9월 15일).

MBC NEWS 2023년 7월 27일 보도 “[단독] 수중 수색 누가 지시?…1주일 만에 수사 종료”(https://imnews.imbc.com/replay/2023/nwdesk/article/6508330_36199.html; 최종접속일: 2023년 9월 11일).

MBN NEWS 2023년 7월 24일 보도 ““물속 수색 강행 지시 근거 없지 않다”…해병대 사실 관계 조사 중”(https://v.daum.net/v/20230724192840074; 최종접속일: 2023년 9월 11일).

SBS NEWS 2022년 3월 27일 방송 “[스브스夜] ‘그알’ 공군 이예람 중사 사망사건 “모두가 나를 죽였다”…‘모두’는 누구인가?”(https://ent.sbs.co.kr/news/article.do?article_id=E10010247481&plink=COPYPASTE&cooper=SBSENTERNEWS; 최종접속일: 2023년 3월 31일).

SBS NEWS 2021년 6월 8일 보도 “인사 기록에 ‘성폭력 휴직’…전역 때까지 꼬리표”(https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1006348138; 최종접속일: 2023년 5월 23일).

SBS NEWS 2011년 6월 16일 보도 “군 판사-검찰관 순환보직 금지 시행”(https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1000931826; 최종접속일: 2023년 10월 26일).

YTN 2023년 8월 9일 보도 ““항명” vs “명령 무효”…국방부·해병대 수사단 충돌 ‘점입가경’”(https://www.ytn.co.kr/_ln/0101_202308090035187386; 최종접속일: 2023년 11월 7일).

産経新聞, 2014年1月19日 “海外事件簿 陸軍下士官虐待事件に軍事刑務所を閉鎖 改革アピールに躍起 台湾・国防部”(https://www.sankei.com/article/20140119-MHCD7CLPGZKLDHKNPUQDMKBC2M/4/; 최종접속일: 2023년 9월 6일).

Asiaone, 24 Jul. 2013, “Taiwan leader vows justice for dead corporal”(https://www.asiaone.com/asia/taiwan-leader-vows-justice-dead-corporal; 최종접속일: 2023년 9월 6일).

Commission On Human Rights Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Administration Of Justice, Rule Of Law And Democra

cy Issue of the administration of justice through military tribunals, 14 June 2004(Emmanuel Decaux)(E/CN.4/Sub.2/2004/7)(<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/148/81/PDF/G0414881.pdf?OpenElement>; 최종접속일: 2023년 10월 13일).

Danish Ministry of Defence Military Prosecution Service, 2020 The Danish Military Justice System, 2020(<https://www.fauk.dk/globalassets/fauk/dokumenter/2020/-the-danish-military-justice-system-2020-.pdf>; 최종접속일: 2023년 10월 9일).

Decaux Principles Workshop, The Yale Draft, 2018(<https://www.court-martial-ucmj.com/files/2018/06/The-Yale-Draft.pdf>);

DRAFT PRINCIPLES GOVERNING THE ADMINISTRATION OF JUSTICE THROUGH MILITARY TRIBUNALS 13 January 2006(Emmanuel Decaux)(E/CN.4/2006/58)(<https://digitallibrary.un.org/record/571377>; 최종접속일: 2023년 10월 13일).

General Assembly resolution 47/133, Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance(<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-protection-all-persons-enforced-disappearance>; 최종접속일: 2023년 10월 28일).

General comment No. 13 (Administration of justice)(HRI/GEN/1/Rev.1)(<http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/hrcom13.htm>; 최종접속일: 2023년 10월 27일).

General comment No. 13: Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 14 (1994)(https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2FCCPR%2FGEC%2F4721&Lang=en; 최종접속일: 2023년 10월 27일).

General Comment No. 29 States Of Emergency(CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 August 2001)(<https://digitallibrary.un.org/record/451555>; 최종접속일: 2023년 10월 27일).

General Comment No. 32 (CCPR/C/GC/32, 23 August 2007)(<https://digitallibrary.un.org/record/606075>; 최종접속일: 2023년 11월 9일).

- International Commission of Jurists(ICJ)*, 17/03/2021 “Myanmar: Martial law is Another Dangerous Escalation of Repression”(https://www.icj.org/myanmar-martial-law-is-another-dangerous-escalation-of-repression/; 최종접속일: 2023년 10월 17일).
- Office Of The High Commissioner For Human Rights In Cooperation With The International Bar Association, Professional Training Series No. 9 Human Rights In The Administration Of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, United Nations, New York/Geneva, 2003*(https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/training9chapter16en.pdf; 최종접속일: 2023년 10월 15일).
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, OHCHR* (https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights; 최종접속일: 2023년 7월 9일).
- OHCHR, Basic Principles on the Independence of the Judiciary*(https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary; 최종접속일: 2023년 11월 9일).
- South China Morning Post*, 16 Jul. 2013, “Death of corporal sparks allegations of abuse in Taiwanese military”(https://www.scmp.com/news/china/article/1283992/death-corporal-sparks-allegations-abuse-taiwanese-military?campaign=1283992&module=perpetual_scroll_0&pgtype=article; 최종접속일: 2023년 9월 6일).
- South China Morning Post*, 21 Jul. 2013, “30,000 Taiwanese protest after ‘abused’ soldier dies”(https://www.scmp.com/news/china/article/1287284/30000-taiwanese-protest-after-abused-soldier-dies; 최종접속일: 2023년 9월 6일).
- Taipei Times*, 15 Jul. 2013, “Defense minister vows to find truth of Hung’s death”(https://www.taipetimes.com/News/front/archives/2013/07/15/2003567167; 최종접속일: 2023년 9월 6일).
- Taipei Times*, 24 Jul. 2013, “Hung’s family seek civilian charges”(https://www.taipetimes.com/News/front/archives/2013/07/24/2003568017; 최종접속일: 2023년 9월 6일).

Taipei Times, 29 Jun. 2017, “Ruling by High Court angers soldier’s family”(https://www.taipeitimes.com/News/front/archives/2017/06/29/2003673510; 최종접속일: 2023년 9월 6일).

Taipei Times, 25 Jan. 2018, “Top court upholds general’s innocence in conscript’s death”(https://www.taipeitimes.com/News/taiwan/archives/2018/01/25/2003686405; 최종접속일: 2023년 9월 6일).

Than Lwin Times, February 5, 2023, “Court-Martial conviction with no right to appeal is contrary to the law”(https://thanlwintimes.com/2023/02/05/court-martial-conviction-with-no-right-to-appeal-is-contrary-to-the-law/; 최종접속일: 2023년 10월 17일).

The European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (criminal limb), Updated on 31 August 2022(https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_6_criminal_eng; 최종접속일: 2023년 10월 20일).

The United States Department of Justice, Justice Manual, “TITLE 9: CRIMINAL”(https://www.justice.gov/jm/title-9-criminal; 최종접속일: 2023년 7월 9일).

The White House, Statements And Releases on JULY 28, 2023, “FACT SHEET: President Biden to Sign Executive Order Implementing Bipartisan Military Justice Reforms”(https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/07/28/fact-sheet-president-biden-to-sign-executive-order-implementing-bipartisan-military-justice-reforms/; 최종접속일: 2023년 10월 11일).

U.S. Joint Service Committee on Military Justice, Manual For Courts-Martial(MCM) United States(2019 Edition)(https://jsc.defense.gov/Portals/99/Documents/2019%20MCM%20(Final)%20(20190108).pdf?ver=2019-01-11-115724-610; 최종접속일: 2023년 7월 9일).

United Nations Commission On Human Rights Economic and Social Council Commission On Human Rights Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Administration Of Justice, Rule Of Law And Democracy Issue of the administration of justice through military tribunals,

14 June 2004(Emmanuel Decaux)(E/CN.4/Sub.2/2004/7)(<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/148/81/PDF/G0414881.pdf?OpenElement>; 최종접속일: 2023년 10월 13일).

United Nations Economic And Social Council Commission On Human Rights, Report of Diane Orentlicher, independent expert to update the Set of principles to combat impunity - Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 February 2005(<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement>; 최종접속일: 2023년 10월 28일).

United Nations Economic and Social Council Commission on Human Rights Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, ADMINISTRATION OF JUSTICE Issue of the administration of justice through military tribunals Report submitted by Mr. Emmanuel Decaux pursuant to Sub-Commission decision 2002/103, 27 June 2003(E/CN.4/Sub.2/2003/4)(<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/149/01/PDF/G0314901.pdf?OpenElement>; 최종접속일: 2023년 10월 13일).

United Nations General Assembly, Independence of judges and lawyers, 7 August 2013(A/68/285), Paragraph 15, 88(<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/421/29/PDF/N1342129.pdf?OpenElement>; 최종접속일: 2023년 10월 15일).

United Nations General Assembly, Resolution adopted by the Human Rights Council on 23 March 2016, 31/2. Integrity of the judicial system(A/HRC/RES/31/2)(<https://digitallibrary.un.org/record/836557>; 최종접속일: 2023년 10월 15일).

United Nations General Assembly, Resolution adopted by the Human Rights Council on 23 March 2016(A/HRC/RES/31/2)(<https://digitallibrary.un.org/record/836557>; 최종접속일: 2023년 10월 15일).

産経新聞, 2014年1月19日 “海外事件簿 陸軍下士官虐待事件に軍事刑務所を閉鎖 改革ア
ピールに躍起 台湾・国防部”(https://www.sankei.com/article/20140119-M
HCD7CLPGZKLDHKNPUQDMKBC2M/4/; 최종접속일: 2023년 9월 6일).

行政院(Executive Yuan) 2013.8.1., “Amendment to allow transfer of cases from
military to civilian courts recommended”(https://english.ey.gov.tw/Page/
61BF20C3E89B856/c3ae060a-c709-41da-9d2c-552c87ed689c; 최종접속일:
2023년 9월 6일).

BBC 15 August 2013 “Taiwan implements amended military justice law”(https://www.
bbc.com/news/world-asia-23698791; 최종접속일: 2023년 9월 6일).

Baird, Dame Vera, “BLOG: Without basic access to justice, the integrity of the
military is at risk”(https://victimscommissioner.org.uk/news/military-jus
tice/; 최종접속일: 2023년 6월 29일).

Frankfurter Allgemeine Zeitung(Faz) vom 28.10.2009. “Neuer Prozess im „Fall
Coesfeld“”(https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bundeswehr-neue
r-prozess-im-fall-coesfeld-1873136.html; 최종접속일: 2023년 6월 29일).

Initiative «für die Aufhebung der Militärjustiz»(https://swissvotes.ch/vote/86.00;
최종접속일: 2023년 7월 8일).

Parlamentarische Initiative Lang Josef. Abschaffung der Militärjustiz (Nationalrat
Sommeression 2006·Siebte Sitzung·13.06.06·08h00·04.465)(https://www.
parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-
verhandlungen?SubjectId=10652; 최종접속일: 2023년 7월 8일).

1. 우리나라

- 국가인권위원회 [편], 『군의문사 관련 정책토론회』, 국가인권위원회, 2003, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000007998?metsno=00000000067&fileid=M00000000067_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 국가인권위원회 [편], 『군 인권감수성 향상과정 : 인권전문인력양성 연수교재』, 국가인권위원회, 2005, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000015639?metsno=000000000222&fileid=M000000000222_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 국가인권위원회 [편], 『군 인권교육 연수과정 : 인권전문인력양성 연수교재』, 국가인권위원회, 2006, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000017678?metsno=000000000279&fileid=M000000000279_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 국가인권위원회 [편], 『군 지휘관 인권 리더십 과정 : 군 지휘관 인권연수교재』, 국가인권위원회, 2006, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000017691?metsno=000000000281&fileid=M000000000281_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 국가인권위원회 군인권보호국 군인권보호총괄과 [편], 『군인권 결정례집 : 인권정책, 침해구제, 차별시정. 제3집(2022)』, 국가인권위원회, 2022, ([https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000054643?metsno=0000000002525&fileid=M000000002525_FILE000001](https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000054643?metsno=00000002525&fileid=M000000002525_FILE000001); 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 국가인권위원회 조사국 조사총괄과 [편], 『군인권 결정례집 : 군 인권정책, 군 침해구제, 군 차별시정. 제1집(2017)』, 국가인권위원회, 2017, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000042800?metsno=000000001207&fileid=M000000001207_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 국가인권위원회 조사국 조사총괄과 [편], 『군인 권리구제와 보호체계 개선을 위한 정책

토론회』, 국가인권위원회, 2015, (<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?&boardtypeid=24&menuid=001004002001&boardid=610902>; 최종접속일: 2023년 6월 25일).

국가인권위원회 조사국 조사총괄과 [편], 『군 징계 영창제도 개선을 위한 정책토론회』, 국가인권위원회, 2013, (<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?&boardtypeid=24&menuid=001004002001&boardid=608469>; 최종접속일: 2023년 6월 25일).

국가인권위원회 조사국 조사총괄과 [편], 『인권친화적 병영문화 개선을 위한 정책토론회』, 국가인권위원회, 2012, (<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?currentpage=176&menuid=001004002001&pagesize=10&boardtypeid=24&boardid=605025>; 최종접속일: 2023년 6월 25일).

국가인권위원회 침해조사국 군인권조사과 [편], 『군영창 방문조사 결과보고서』, 국가인권위원회, 2019.

국가인권위원회 침해조사국 군인권조사과 [편], 『군인권 결정례집 : 군 인권정책, 군 침해구제, 군 차별시정. 제2집(2019)』, 국가인권위원회, 2019, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000048216?metsno=00000001680&fileid=M00000001680_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).

국가인권위원회 2009년 10월 15일 결정, “군인사법 제47조의2 위헌확인 등(2008헌마638) 사건에 대한 의견”(<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?currentpage=252&menuid=001004002001&pagesize=10&boardtypeid=24&boardid=595566>; 최종접속일: 2023년 6월 30일).

고석, “관할관 확인제도 개선방안”, 『형사소송이론과실무』, 제4권 제2호(2012), 한국형사소송법학회, 247-260면.

고석, “한국 군사재판제도의 성립과 개편과정에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2006.

강동욱, “군 사법절차의 관할관 확인조치권에 관한 비판적 고찰”, 『법과정책연구』, 제12권 제1호(2012), 한국법정책학회, 91-114면.

강동욱, “군사법절차에 있어서의 심판관 제도의 현황과 개선방안”, 『법과정책연구』, 제11권 제4호(2011), 한국법정책학회, 1323-1344면.

- 권인숙·김엘리·김현영·노미선·이경환·이동옥·홍미리, 『군대내 성폭력 실태조사(군대내 남성간 성폭력·성외식 실태조사)』, 국가인권위원회, 2004, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000009857?metsno=000000000086&fileid=M000000000086_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 김나정·이승은·이정준·최지원, “불온서적 현재결정에 대한 비판적 검토 = 현재 2010. 10. 28, 2008헌마638 결정”, 『법학평론』, 제2권(2011.9.), 서울대학교 법학평론편집위원회, 266-305면.
- 김대희·김광묘·김형남·송지아·전명옥·최홍조, 『장병 건강권 보장을 위한 군 의료체계 실태조사』, 국가인권위원회, 2020, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000051179?metsno=000000001820&fileid=M000000001820_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 김도형, “국방부장관의 불온서적 영내 반입금지 지시에 대한 헌법소원 제기를 이유로 한 군법무관에 대한 징계처분 등의 효력”, 『사법』, 제1권 제48호(2019), 사법발전재단, 533-585면.
- 김상균·이성호·송병호, 『전·의경 인권실태 및 개선방안 마련을 위한 기초조사』, 국가인권위원회, 2005, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000016356?metsno=000000000242&fileid=M000000000242_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 김상균·이정원·강성록·김윤나·송병호, 『군복무 부적응자 인권상황 및 관리에 대한 실태조사』, 국가인권위원회, 2012, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000033469?metsno=000000000794&fileid=M000000000794_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 김선택, 『한국내 양심적 병역거부의 인정여부에 관한 이론적·실증적 연구』, 국가인권위원회, 2002, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT00000006622?metsno=000000000037&fileid=M000000000037_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 김성돈, “형사사법과 회복적 사법”, 『성균관법학』, 제17권 제1호(2005), 성균관대학교 법학연구원, 405-436면.
- 김윤재·이유정·원민경, 『차별판단지침에 대한 외국사례조사 : 성별군 분야』, 국가인권위원회, 2006, (<https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT>

000000020495?metsno=000000000340&fileid=M000000000340_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).

김은희·김형완·김지우·배희은·심기용·예은화·최성윤, 『공무원 인권교육 프로그램 개발 연구 : 사회복지·경찰·군 인권직무과정을 중심으로』, 국가인권위원회, 2022, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000054970?metsno=000000002598&fileid=M000000002598_FILE000001); 최종접속일: 2023년 6월 25일).

김의식·김광식·박금영·이현주, 『2021 군 훈련소 인권상황 실태조사』, 국가인권위원회, 2021, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000054290?metsno=000000002450&fileid=M000000002450_FILE000001); 최종접속일: 2023년 6월 25일).

김의식·김광식·염규현·박봉희, 『2018 부사관 인권상황 실태조사』, 국가인권위원회, 2018, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000044853?metsno=000000001650&fileid=M000000001650_FILE000001); 최종접속일: 2023년 6월 25일).

김정진, “회복적 군 사법제도의 도입에 관한 연구”, 『법학연구』, 제31집(2008.8.), 한국법학회, 455-473면.

김현철, “미국 군 사법제도 연구”, 『공군법률논집』, 제1집(1996.5.), 공군본부 법무감실, 208-238면.

김형태·이계수·남상덕, 『군대 내 인권실태 및 개선방안을 위한 기초연구』, 국가인권위원회, 2002, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT00000006584?metsno=000000000010&fileid=M000000000010_FILE000001); 최종접속일: 2023년 6월 25일).

나달숙·김상균·박균열·송병호·이월형·최명진, 『2019 군대 내 인권상황 실태조사』, 국가인권위원회, 2019, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000049222?metsno=000000001819&fileid=M000000001819_FILE000001); 최종접속일: 2023년 6월 25일).

나태중·김순철·나성후·백승덕·정민화, 『입영제도 개선방안 마련에 관한 연구』, 국가인권위원회, 2016, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000040109?metsno=000000001013&fileid=M000000001013_FILE

- 000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 노성호, “호주와 뉴질랜드의 회복적 사법프로그램”, 『사회과학논총』, 제19집 제2호 (2003), 전주대학교 사회과학종합연구소, 279-302면.
- 박병욱·유주성, 『군사망 사고 관련 조사, 사법제도 등 개선연구』, 군사망사고진상규명 위원회, 2021.12.29.(<http://www.truth2018.kr/truth/79/subview.do?jsessionid=rUey2UOgiPoSMT4SNOOQtUj0.node10?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJGdHJ1dGglMkY0JTJGNTUyJTJGYXJ0Y2xWaWV3LmRvJTNGYmJzQ2xTZXEIM0QlMjZyZ3NFbmRkZVN0ciUzRCUyNmJic09wZW5XcmRTZXEIM0QlMjZwYXNzd29yZCUzRCUyNnNyY2hDb2x1bW4lM0QlMjZwYWdlJTNEMiUyNnJnc0JnbmRlU3RyJTNEJTI2aXNWaWV3TWluZSUzRGZhbHNIJTl2c3JjaFdyZCUzRCUyNg%3D%3D>; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 송광섭·윤상민·점승헌, 『군 수사과정 및 군 영창 인권상황 실태조사』, 국가인권위원회, 2004, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000013312?metsno=000000000138&fileid=M000000000138_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 안상수·박선영·김혜영·최윤정·김병조·김동원, 『여군 인권상황 실태조사』, 국가인권위원회, 2012, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000034196?metsno=000000000804&fileid=M000000000804_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 안현의·최병순·손난희·이문희·서은경·이은진, 『군복무 부적응자 인권상황 실태조사』, 국가인권위원회, 2006, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000017695?metsno=000000000285&fileid=M000000000285_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 이계수, 『외국 군 인사 복무 관련 법령 및 제도 등 실태조사』, 국가인권위원회, 2006, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000020474?metsno=000000000326&fileid=M000000000326_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 이계수, 『16개국 군사법 제도 정리 자료집』, 국가인권위원회, 2002, (<https://www.mhrk.org/what-we-do/resource-view?id=2255>; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지웅·임재성·전학선·최관호, 『군 수사와 사법제도

- 현황 및 개선방안 연구』, 국가인권위원회, 2015, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000038673?metsno=000000000956&fileid=M000000000956_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 이계수·오동석·최정학, 『군 사법제도 운영 및 인권침해현황 실태조사』, 국가인권위원회, 2004, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT00000009889?metsno=000000000089&fileid=M000000000089_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 이상호, “군사법제도 간담회 - 관할관 확인권 및 심판관 제도를 중심으로 -”, 국회입법조사처, 2021.6.
- 이재승·백승덕·박현민·양여옥·이용석, 『양심적 병역거부 관련 대체복무제 도입방안 실태조사』, 국가인권위원회, 2018, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000044738?metsno=000000001632&fileid=M00000001632_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 이재희, “군내 불온서적 금지에 대한 헌법재판소 결정과 불온서적 금지 헌법소원심판청구로 인한 징계 취소 대법원 판결에 대한 검토”, 『헌법재판연구』, 제15집 제5권 제1호(2018), 헌법재판연구원, 221-265면.
- 이종호·최장욱·황윤상·윤형호, 『군인 권리보호 및 구제체계에 대한 인권상황 실태조사』, 국가인권위원회, 2014, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000037325?metsno=000000000907&fileid=M00000000907_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 이해영, 『현행 군사법제도상 군검찰제도에 관한 연구 : 군의 지휘권을 중심으로』, 한양대학교 행정대학원 석사논문, 2001.
- 이화영·주영수·김대희·손창호·임채도·박은성, 『군 의료관리체계에 대한 인권상황 실태조사』, 국가인권위원회, 2013, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000034925?metsno=000000000827&fileid=M00000000827_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 장교원·박호현, “형사사법에서 시민참여에 관한 고찰”, 『동북아법연구』, 제8권 제2호(2014), 전북대학교 동북아법연구소, 233-255면.
- 정진연·김정진, “군형사사법제도의 발전방안 고찰”, 『법학논총』, 제20집(2008.8.), 숭실대학교 법학연구소, 1-22면.

- 조상혁, “군사법원의 관할관의 확인조치권에 관한 연구”, *홍익법학*, 제17권 제3호 (2016), 홍익대학교 법학연구소, 341-364면.
- 한홍구·김성전·김정식·박원석·이재승·임태훈, 『군대 내 인권상황 실태조사 및 개선방안 연구』, 국가인권위원회, 2005.12.(<https://www.humanrights.go.kr/base/board/read?boardManagementNo=17&boardNo=483250&searchCategory=&page=1&searchType=total&searchWord=%EA%B5%B0%EB%8C%80%20EB%82%B4%20EC%9D%B8%EA%B6%8C%EC%83%81%ED%99%A9%20EC%8B%A4%ED%83%9C%EC%A1%B0%EC%82%AC%20EB%B0%8F%20EA%B0%9C%EC%84%A0%EB%B0%A9>&menuLevel=3&menuNo=115; 최종접속일: 2023년 6월 18일).
- 한홍구 외, 『군대 구급시설 인권실태조사를 위한 기초 현황파악』, 국가인권위원회, 2002. (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000006583?metsno=000000000007&fileid=M00000000007_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 현명호·이민규·김민경·김형래, 『군 적응교육 프로그램 인권상황 실태조사』, 국가인권위원회, 2017, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000043106?metsno=000000001208&fileid=M000000001208_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 현명호·이민규·김민경·김형래·조윤경·박경지·김형택·이유지·조재희·오연경·정그린, 『군적응교육프로그램 인권상황 실태조사』, 국가인권위원회, 2017, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT000000043106?metsno=000000001208&fileid=M000000001208_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- 현명호·이민규·김형래·노명화·허연주, 『비전투요원 인권상황 실태조사』, 국가인권위원회, 2018, (https://library.humanrights.go.kr/search/media/img/CAT00000044854?metsno=000000001794&fileid=M000000001794_FILE000001; 최종접속일: 2023년 6월 25일).
- Buckland, Benjamin S/William McDermott*(국가인권위원회 조사국 조사총괄과 [편]), 『군 ombuds만 안내서: A handbook =Ombuds institutions for the armed forces』, 국가인권위원회, 2017.

2. 영미 문헌

Andreu-Guzmán, Federico, Fuero militar y Derecho internacional Volumen II: Los civiles ante los tribunales militares, Comisión Internacional de Juristas (International Commission of Jurists), 2018(<https://www.refworld.org/es/pdfid/5b6b39934.pdf>; 최종접속일: 2023년 7월 9일).

Study on the Reforms for the Criminal Justice System based on Fairness and Human Rights (V) – Reforms to the Democratization and Rationalization of the Military Court Proceedings –

Kim, Yookeun* Kim, Jonghwan**
Kim, Daewon*** Sim, Seungbeom****

- In Korea, a proper reform of the military justice system did not take place until 2021, and it took several human rights violations in the military that became public issues such as deaths during training, ill treatments, questionable deaths, sexual violence, distortions, fabrications, reductions, and cover-ups.
- The 2021 revision of the Military Court Act in Korea is arguably the most significant reform of the military justice system since the 1988 amendment to the same Act. The basic guiding principles of the amendment can be summarized as (1) structural changes to the military trial system, (2) civilian control, and (3) victim protection in military criminal proceedings. Despite these changes, various issues persist in Korea's military justice system, which range from structural issues inherent in the military courts to individual issues.
- A review of international human rights norms and legislations in major countries reveals clearly recognizable global trends such as 1) the retreat of commander-in-chief justice, 2) external control by civilians, 3) the exclusion civilians from military justice, and 4) civilization of

* *Kim, Yookeun*, Dr. ius., Korean Institute of Criminology and Justice.

** *Kim Jonghwan*, Professor Dr. ius., Law School of Yonsei University.

*** *Kim, Daewon*, Professor Dr. ius., Forensics of Sungkyunkwan University.

**** *Sim, Seungbeom*, Dr. ius., National Archives.

military justice.

○ Common requirements found in the international human rights norms, UN resolutions, and draft basic principles proposed with regard to military court proceedings include: peacetime military trials that do not ensure an independent, neutral, transparent, and fair trial should be abolished; the jurisdiction of military courts, if established, should be limited to purely military crimes; the right to a fair trial under Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights should be fully guaranteed to the parties concerned; the right to a fair trial should be guaranteed to an even greater extent in times of a national emergency or a war, which poses a greater risk of human rights violations; in principle, military trials of civilians are prohibited either in peacetime or wartime, but may be permitted in times of national emergency only under highly exceptional circumstances, that is, when the judicial function of the country is completely suspended; and that the independence, neutrality, transparency and fairness of a military trial can be ensured through the independence in staffing and the establishment of due process.

□ Some countries such as Korea and Taiwan abolished military courts for historical reasons or after serious human rights violations, while other countries recently abolished military courts because they could not satisfy the above requirements regarding the implementation of international human rights norms.

□ **Analysis of Human Rights Violations in Military Investigations and Trials**

○ Many of the human rights violations in military criminal proceedings occur during the investigation process, which show

fairly even distribution across different stages of military investigation. 1) Military investigative agencies collected excessive personal information by asking questions unrelated to the facts of the crime while interrogating suspects. 2) Investigative agencies failed to provide adequate medical care during the investigation process. 3) Military investigative agencies failed to promptly notify the guardians of sex crime victims, resulting in additional damage. 4) Excessive investigations violated suspects' "secret and freedom of privacy. Granted, the 2021 revision of the Military Court Act introduced improvements in many of these aspects. However, the death of a private in the 1st Division of the Republic of Korea Marine Corps on July 19, 2023, and the insubordination that occurred during the investigation of the case, show that issues with the military investigation process persist.

- Although there have not been many cases of human rights violations identified with regard to military court proceedings, there have been cases where (1) a change in a service address was not processed, (2) a defendant filled out the documents and took the oath at a public hearing while handcuffed and tied in a rope, and (3) a defendant was not provided with information on the appointment of a court-appointed counsel despite requesting a counsel, due to a mistake made by a military court personnel.
- Other than investigation and court proceedings, human rights violations in the military criminal proceedings have been also identified with suspects in detention centers, for example: (1) an interview with a pretrial detainees was conducted without specific instructions and prior notice about audio and video recording, (2) pretrial detainees were required to provide their signatures in the register in the order of admission, exposing the personal information of the detainees who filled it the register first, and (3)

all detainees, including those who were subject to disciplinary actions, were required to fill out “inmate status sheet.”

- These cases of human rights violations, as well as criticisms of the military justice system itself, surfaced in earnest in 2005 and the years that followed, prompting discussions on military justice reforms guided by the goals of enhancing the fairness and independence of the military justice system. In 2021, a female Air Force non-commissioned officer (NCO) took her own life after her internal of sexual harassment were ignored by the military, only to be subjected to secondary victimization. This incident triggered a full revision of the Military Court Act on September 24, 2021 based on previously discussed proposals. The revision, which entered into effect on July 1, 2022, introduced various improvements aligned with the independence of military courts and prosecutors, and the fairness of military trials and investigations: it abolished the convening authority and adjudicator positions, which had hindered the independence of military courts; the revision also excluded sexual violence, crimes involving deaths, and crimes committed before the acquisition of military personnel status, from the jurisdiction of military courts; and the revised Act also provided for prosecution teams reporting to the Minister of National Defense and the chief of staff of each military branch, and abolished the requirement of a unit commander’s approval for a military prosecutor’s request for arrest warrants.

□ Issues with the 2021 Revision of the Military Court Act and Suggestions for Improvement

○ Military Courts in Peacetime

- The 2021 reform of the military criminal justice, despite its

major contributions, appears to be limited in its ability to ensure the independence, neutrality, transparency, and fairness of the military criminal justice system.

- One of the drawbacks of the 2021 revision is the retention of the peacetime standing military courts.

- The peacetime standing military courts need to be abolished unless their independence, neutrality, transparency, and fairness can be guaranteed. The necessity of military courts, such as maintaining military discipline, securing military command, preserving military force, and expediting trials, can only be meaningful and obtains democratic legitimacy only when a fair trial is ensured.

- While the military justice system needs to accommodate the special nature of the military, military culture, and military expertise, such accommodation needs to be achieved through the use of expert examiners under the Criminal Procedure Act.

○ **Military Trial of Civilians**

- Military trials of civilians are not permitted in principle and should be reserved for exceptional situations such as a national emergency, only when the judicial function of the country is completely suspended.

1. Peacetime Military Courts' Jurisdiction Over Civilians

- In peacetime, when the judicial function is intact, military trials of civilians should be prohibited in principle because the very structure of military courts make it difficult to ensure their fairness and independence.

- In this regard, Article 27 (2) of the Constitution of the Republic of Korea needs to be amended. The provision

stipulates, “Citizens who are not on active military service or employees of the military forces shall not be tried by a court martial within the territory of the Republic of Korea, except in case of crimes as prescribed by Act involving important classified military information, sentinels, sentry posts, the supply of harmful food and beverages, prisoners of war and military articles and facilities and in the case of the proclamation of extraordinary martial law.” In the provision, the phrase “in case of crimes as prescribed by Act involving important classified military information, sentinels, sentry posts, the supply of harmful food and beverages, prisoners of war and military articles and facilities” needs to be removed in order to prevent the provision from being used to justify a military trial in peacetime.

2. Military Trial of Civilians in an Emergency

- Military trials of civilians under martial law should not be allowed unless the judicial function of the country is completely suspended. The historical sufferings caused by past abuses of martial laws are clear evidence that fundamental human rights are highly vulnerable under martial law and national emergencies. As such, such situations require even greater protection of people’s right to a fair trial, which is an integral part of fundamental human rights.

- In this sense, Article 110 (4) of the Constitution needs to be amended. According to the current provision, “Military trials under an extraordinary martial law may not be appealed in case of crimes of soldiers and employees of the military; military espionage; and crimes as defined by Act in

regard to sentinels, sentry posts, supply of harmful foods and beverages, and prisoners of war, except in the case of a death sentence.” In this article, the phrase “military trials under an extraordinary martial law” needs to be replaced by “military trials when the administrative and judicial functions of the state are suspended in time of war, armed conflict, or similar national emergency due to a combat with the enemy or extreme disruption to social order.”

○ Issues with Single-Instance Military Trial under Martial Law

- The proviso to Article 110 (4) of the Constitution should be deleted as a single-instance military trial violates international human rights norms by infringing on people’s right to file an appeal with a higher level court, which forms a part of the right to a fair trial, and such a single-instance trial system is not found in legislations in any other country. In fact, the proviso found its way into the Constitution after a provision to the same effect had been declared unconstitutional, which is all the more reason to strike it off.

○ Issues with the Criminal Jurisdiction of Military Courts and Civilian Courts

- If the continued existence of military courts is justified by the need to maintain military discipline or to establish military command, the crimes that can be tried by military courts should be also limited to purely military offenses so as to fulfill those needs.

§ (1) Measures should be taken to categorically prevent the crime of threatening or forcing an accuser, a complainant or any other person who provided investigative evidence to put

pressure on them, the crimes listed in Article 5-9 of the Act on the Aggravated Punishment of Specific Crimes, or the act of subjecting a person to a disadvantageous treatment through abuse of authority or abandonment of duties. In addition, complainants and accusers should be protected from accusations of libel, insult, or interference with the exercise of rights.

§ (2) Civilian courts should have jurisdiction over war crimes and crimes against humanity stipulated in the Act on Punishment of Crimes Under Jurisdiction of the International Criminal Court, because fairness and independence are key in these crimes.

§ In this regard, civilian courts should have jurisdiction over the crime of plunder under Chapter XIII in Part II, Particular Provisions of the Military Criminal Act, and the destruction of constitutional order under Article 2 of the Act on Special Cases Concerning the Prescription for Public Prosecution Against Crimes Disrupting Constitutional Order, to ensure an independent and fair trial.

§ (3) The subparagraphs of Article 2 (2) of the Military Court Act excludes "Chapter XV, Rape and Sexual Harassment" of the Military Criminal Act, which makes it unclear whether the jurisdiction of the civilian court or the military court applies to cases where the perpetrator is charged with rape under the Military Criminal Act rather than sexual violence under the Criminal Act or other special Acts. Therefore, crimes under "Chapter XV, Rape and Sexual Harassment " of the Military Penal Code should be included in the list of crimes over which civilian courts have jurisdiction.

§ (4) In addition, the list of crimes over which civilian courts have jurisdiction need to include human trafficking and other

crimes to which the principle of universality applies, and serious crimes such as child abuse.

○ **Issues with the (Internal) Investigative Power over Evidence and the Power to Initiate Investigations**

- For crimes over which civilian courts have jurisdiction, it would be desirable to require military investigative agencies to refer cases to civilian investigative agencies as soon as they obtain evidence for the investigation. The proposal for "Partial Amendment to the Military Court Act" proposed by National Assembly Member Kim Jongmin and others on September 26, 2023 sheds a highly positive light, because the amendment stipulates that a civilian court holds jurisdiction over cases involving deaths, and cases where the indictment is filed with the relevant court (Article 2 (4) 1 of the amended Act). However, it does not seem appropriate to leave autopsies to military prosecutors or military judicial police officers.

○ **Independence and Neutrality of Military Judges, Military Prosecutors, and Military Judicial Police Officers**

1. Independence of Military Judges

- Under the current law, it is difficult to expect independence, neutrality, or fairness from military judges, for several reasons. (1) The appointment of military judges should be reviewed by the Military Judges Committee. However, the Committee's decisions are not binding. (2) The Military Court Operations Committee has the right to deliberate and adopt resolutions on matters relating to the appointment and reappointment of military judges (Article 4-2 (1)), and the

Committee , is composed of the chief of staff of each military branch, the Ministry of National Defense, and the heads of military courts. (3) The statutory reasons for disqualification or recusal of a member of the Military Court Operations Committee do not include the member being in the same chain of command as the relevant party, which means the chain of command may affect the appointment and reappointment of military judges. (4) Tenure and retirement age have been introduced to protect the status of military judges. However, Article 106 (1) of the Constitution states, “No judge shall be removed from office except by impeachment or a sentence of imprisonment without prison labor or heavier punishment, nor shall he/she be suspended from office, have his/her salary reduced or suffer any other unfavorable treatment except by disciplinary action. (5) Military judges are subject to the performance evaluations of their superiors in their chain of command. (6) The relevant law does not include a specific provision regarding removal from office.

- Therefore, in order to ensure the independence, neutrality, and fairness of military judges in the long term, a reasonable course of action would be to appoint military judges from civilian lawyers. In the short term, above all else, the law needs to clarify that a member of the Military Court Operations Committee may be avoided or excluded if the member is in the same chain of command as a party. In addition, the status of military judges needs to be protected at a level corresponding to civilian judges, so that status of a military judge is not affected by the performance evaluation by a superior in the chain of command.

2. Independence of Military Prosecutors

- A review of issues with the 2021 revision of the Military Court Act and legislations in major countries suggests the need to grant independence to military prosecutors from the Ministry of National Defense, while ensuring that the Minister of National Defense cannot control or supervise the chief of staff of each military service or the head of the Ministry of National Defense Prosecutor's Office in specific cases, which should also apply to the chiefs of staff. If a power outside the military prosecutor's office exercises control or supervision over specific cases, such control and supervision are bound to work as external influence affecting military prosecutors even when it is not directed against the prosecutors in charge of those specific cases, as long as it is directed at the head of the relevant military prosecutor's office. The extent to which specific cases are investigated in an independent and neutral manner, and the extent to which the military prosecutor exercises his/her indictment power based on the investigations, will serve as a measure of public confidence in military criminal justice. In addition, a reasonable procedure for processing objections from military prosecutors needs to be envisioned, rather than relying on the existing procedure applicable to civilian prosecutors (which suffers from many issues).

○ **The Power of the Minister of National Defense to Decide on Indictment, and the Independence of prosecutorial Prosecutors' authority from the Secretary of Defense's Indictment Power**

- The Minister of National Defense has the power to decide on whether to proceed with indictment in specific cases.

The power itself allows the minister to directly control and supervise military prosecutors. In addition, in order to decide on indictment, the minister needs to have military prosecutors submit reports on specific cases through the chain of command. Therefore, the power of the Minister of National Defense to decide on indictment needs to be abolished, as it is likely to infringe on the independent exercise of military prosecutors' indictment power.

- Furthermore, an indictment decision of the Minister of National Defense is unilateral, which may result in a serious infringement on the exclusive indictment power held by prosecutors.
- An even more serious issue is the possible politicization of military trials.

3. Favoritism for Retired Judges and Prosecutors

- In order to prevent favoritism in military trials for counsels who are retired judges and prosecutors, the code of conduct and ethics for military judges and prosecutors need to be revised in accordance with the lawyers' code of ethics. In particular, for military judges, measures to prevent conflicts of interest need to be put in place corresponding to Article 10-3 of the Detailed Rules on Distribution of Duties and Cases among Judges, etc.

4. Independence of the Military Judicial Police

- Military judicial police officers do not have the right of appeal recognized for civilian judicial police officers.

- In specific cases, military judicial police officers report to the heads of their units, which may compromise the independence and fairness of their investigations.
- Therefore, it is necessary to establish the Military Judicial Police Corps as outside the Ministry of National Defense to ensure the independence and neutrality of military judicial police officers' investigations by separating them from the chain of command.

○ **Abolishment of Convening Authority and Adjudicator Positions in Wartime and Peacetime Military Courts**

- **Wartime Convening Authority**
 - A wartime convening authority coordinates the affairs of military prosecutors and exercise control and supervision over them. If the convening authority is also granted the power to appoint or designate military judges and adjudicators, mitigate sentences, and exercise control over the execution of sentences, it is likely to undermine the principle of independent and fair trial. Therefore, the convening authority position needs to be abolished.
- **Wartime Adjudicator**
 - Adjudicators are bound to be subservient to the chain of command from the very moment of their appointment or designation. Considering these structural limitations to the independence and neutrality of trials, the wartime adjudicator position should be rightfully abolished.

□ **Issues with Military Investigations and Possible Improvements**

- This section reviews whether the military investigation and trial

procedures under the 2021 revision of the Military Court Act are aligned with the nature of judicial power as protector of human rights, as well as possible improvements and solutions required in terms of enhancing the fairness and independence of military trials. First, at least on the institutional level, the revision protects suspects and victims involved in military investigations on a level corresponding to the civilian sector. However, it should be noted that the effectiveness of a system is determined to a greater extent by how it works in place, rather than the perfunctory existence of such system.

- Despite numerous improvements adopted for the military court proceedings so far, many criticisms persist regarding the independence of military prosecutors and military police. One of the most important aspects of the military investigative process is how to keep investigations independent from de facto involvement by commanding officers. A reasonable way to ensure the independence would be to adopt a system within the current military investigation system comparable to the National Police Agency's National Office of Investigation. The United Kingdom appoint civilians as members of the military prosecution tasked with military investigations and prosecution, and granted its complete independence from the Department of Defence. The UK example suggests a possible reference point for reforms in Korea.
- The revised Military Court Act stipulates a broader court-appointed counsel system for victims and the bereaved family to protect their human rights, compared with the civilian criminal proceedings. However, in order to enhance public confidence in the system and boost its effectiveness, military advocates need to be excluded from the scope of personnel to be appointed as court-appointed counsels. We can also consider restorative justice as a means to

protect the human rights of service personnel during peacetime military investigations.

□ Issues with Military Court Proceedings and Possible Improvements

Taking the view of the military courts as special courts performing judicial functions, we can consider the following improvements for the current military court proceedings.

- First, it is necessary to improve on the guarantees of independence for military judges in charge of military trials. Given the existence of separate military courts under the Ministry of National Defense, Korea needs practical mechanisms to minimize the influence of the Minister of National Defense on military judges in charge of military trials. Granted, the Military Court Act provides for institutional mechanisms to guarantee the independence of military judges, who are also members of the military. However, those mechanisms need further improvements. (1) The term of office and retirement age of military judges are shorter than those of civilian court judges, in consideration of their military ranks rather than the need to ensure their independence. These provisions do not constitute a sufficient guarantee for the independence of military trials. In order to protect the status of military judges further, it would be desirable to raise the retirement age of military judges on par with that of civilian court judges, rather than relying on their ranks as military service members. (2) The excessive influence of the Minister of National Defense over the organization of the Military Court Operations Committee should be addressed. Under the current system, all members of the Military Court Operations

Committee are appointed among members under the influence of the Minister. Given the committee's power to approve appointment and reappointment of military judges, such influence is not consistent with the guarantee of independence for military judges.

- Second, the current court-appointed counsel system for military trials seems to constitute criminal proceedings aligned with defendants' human rights. However, the percentage of criminal trials where court-appointed counsels are appointed is lower than trials at civilian courts. This discrepancy suggests the need to improve the effectiveness of the court-appointed counsel system in military trials. Also needed are efforts to increase the number of civilian attorneys and experienced lawyers serving as court-appointed counsels in military courts so that defendants in military trials have full access to court-appointed counsels.
- Third, Korea may consider the introduction of conditional detention for suspects and defendants in military trials. Conditional detention to ensure presumption of innocence and protect personal freedom is necessary not only for the protection of suspects' right to defend themselves during investigations, but also for the exercise of defendants' right to defense during the court proceedings. Given the purpose of the conditional detention, there is no reason to adopt the system only for the investigation phase, and not the trial phase. If conditional detention needs to be adopted for criminal trials, it follows that the same system is needed for military court proceedings.
- Fourth, while the 2021 revision of the Military Court Act largely adopted the systems stipulated in the Criminal Procedure Act for the overall court proceedings, the revision did not address the discrepancy between the admissibility of suspect interrogation reports prepared by military prosecutors and those prepared by

military police officers as evidence. The Act should be revised to admit interrogation reports prepared by military prosecutors, as long as the defendant or defense counsel acknowledge their content.

- Fifth, the Act does not provide for expert examiners for military trials. Unlike expert witness whose testimonies are used as evidence, the expert descriptions and opinions of expert examiners do not constitute evidence. However, their descriptions and opinions should be used to support the court proceedings by ensuring sufficient review and ensuring faster resolution of conflicts. The 2021 revision to the Military Court Act was geared toward enhanced independence of the military justice system, which included the abolishment of the convening authority and adjudicator positions. However, the revision does not deny the special nature and unique expertise of the military, for which the expert examiner system can be a reasonable alternative for military trials.
- Sixth, in order to secure the independence and fairness of military trials and build public confidence in the system, it might be worthwhile to consider a system akin to the participatory trial system for civilian criminal cases. However, service members' participation in military trials would be difficult to implement, considering the reality of military court proceedings. It would be practical to expect that the number of cases eligible for military participatory trials would be extremely small. Comparing such reality with the significant changes to be brought on by the adoption of the system, it would be difficult to adopt a participatory trial system in the military trial context.

연구총서 23-B-02

공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

-군사재판절차의 민주적 정당성과 합리화를 위한 사법개혁-

발행 | 2023년 12월

발행처 | 한국형사·법무정책연구원

발행인 | 하태훈

등록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전화 | (02)575-5282

홈페이지 | www.kicj.re.kr

정가 | 10,000원

인쇄 | 한결엠 02) 6952-0551

I S B N | 979-11-986058-7-0 93360

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전재 및 복제를 금함.



공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(V)

– 군사재판절차의 민주적 정당성과 합리화를 위한 사법개혁 –

Study on the Reforms for the Criminal Justice System based on
Fairness and Human Rights (V)

– Reforms to the Democratization and Rationalization of the Military Court Proceedings –

